أحكام الوصايا والأوقاف

الدكتور
الشيخ محمد مصطفى شلبي
استاذ ورئيس قسم الشريعة الاسلامية
بجامعتي الاسكندرية وبيروت العربية



الدار الجامعية
للطباعة والنشر
بيروت. ص. ب: ٩٢٢٢

أحكام الوصايا والأوقاف

أحكام الوصايا والأوقاف

الدكتور
الشيخ محمد مصطفى شلبي
أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية
بجامعتي الاسكندرية وبيروت العربية

الدار الجامعية
للطباعة والنشر
بيروت ص.ب: ٩٣٣٣

ألطبعة الرابعة

١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م

بسم الله الرحمن الرحيم

أحمدك اللهم حمدا يليق بجلالك، وأصلي وأسلم على خاتم أنبيائك، وأعوذ بك من الخذلان ونزعات الشيطان، وأسألك الهداية والتوفيق.

وبعد. فهذا الكتاب (أحكام الوصايا والأوقاف) بدأت تحضيره في الخمسينيات، وعلى وجه التحديد في عام ١٩٥٦ م حينما وكل إليّ تدريس موضوعه في كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية.

بدأته أولا على هيئة مذكرات إلى أن استوى على سوقه، فخرج مطبوعاً، ثم توالت طبعاته، وكانت ثالثتها عام ١٣٨٦ هـ الموافق ١٩٦٧ م، ثم توقفت الطبعات بعد ما عهد إلى غيري تدريس هذا المنهج هناك عندما أعرت لجامعة بيروت العربية لأول مرة عام ١٩٦٨ م.

وكنت طوال هذه السنوات، حريصاً على أن أقرأ كل ما كتب في موضوعه من كتب أو مذكرات في الجامعات المصرية. علّي أجد فيها ما يسد الفراغ الذي تركه هذا الكتاب بعد نفاذ نسخه كلها.

ولما طال الانتظار ـ وما أثقله ـ فكرت في إعادة طبعه.

وها هوذا أقدمه في طبعته الرابعة للمشتغلين بالفقه والتشريع ليكون مرجعا موثوقا به فيه الغناء عن غيره إن شاء الله.

وعلى الله قصد السبيل، وهو حسبنا ونعم الوكيل.

بيروت في ربيع الأول سنة ١٤٠٢ هـ
يناير (كانون الثاني) سنة ١٩٨٢ م

المؤلف

القسم الأول
في الوصايا

وقد رتبته على مقدمة وثلاثة أبواب وخاتمة .

أما المقدمة ففي كلمة تاريخية عن تشريع الوصية في الإسلام، والتعريف بقانونها رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ م.

وأما الأبواب الثلاثة فأولها : في إنشاء الوصية « تعريفها ، وركنها ، وبم تتحقق؟ وما شرطه القانون لسماع الدعوى بها ، ومركز القبول فيها وحقيقته ، ووقت ثبوت الملكية بها » .

وثانيها : في بيان شروطها وأنواعها .

وثالثها : في حكمها ومبطلاتها وما يتبع ذلك من الزيادة في الموصى به .

وأما الخاتمة ففي تزاحم الوصايا .

المقدمة

بين الإنسان والمال صلة قديمة نشأت معه منذ وجوده. فهو يسعى جاهداً إلى تحقيقها بشتى الطرق والوسائل.. تطورت هذه الصلة مع الزمن حتى عرفت بالملكية حاولت الشرائع تنظيمها وتبيان أسبابها إلى أن جاء الإسلام فوضع لها نظاماً شاملاً، أقر فيه أحسن ما قبله ورتبه، ثم أكمل ما به من نقص، فجعل لها أسباباً منشئة، وأخرى ناقلة في حياة الشخص وبعد وفاته، وهذه الأسباب منها الاختياري الذي يصدر عن إرادة ورغبة، وغير الاختياري الذي يثبت بأمر الشارع من غير أن يكون للشخص دخل فيه.

والوصية من أسباب نقل الملكية في الإسلام. جاء نظامها مرتبطاً بنظام المواريث فيه حيث إن كلا منهما يرد على مال الشخص بعد وفاته. فكل منهما خلافة يخلف فيه الوارث مورثه في تركته، والموصى له الموصي فيما أوصى به، وإن كانت أولاهما إجبارية بحكم الشارع لا دخل للمورث ولا للوارث فيها فتثبت جبراً عنهما، والثانية اختيارية تثبت بإرادة الموصي ومشيئته إذا قبلها الموصى له.

ومن هنا قسم الشارع مال الشخص إلى قسمين: قسم تولى سبحانه تقسيمه بين مستحقيه وهو الميراث، وقسم آخر وكله إلى صاحب المال يضعه حيث يشاء

بطريق الوصية ، وجعل تنفيذها مقدماً على الميراث حتى لا يطغى أحدهما على الآخر .

وفي هذين التشريعين راعى الشارع الحكيم جانب المالك وجانب ورثته في وقت واحد ، فلم يطلق له العنان كما كان في الجاهلية ليعطي من يشاء ويحرم من يشاء حسب هواه ، كما لم يقيده ويحجر عليه في تصرفاته في اللحظات الأخيرة من عمره ، بل فتح له باباً يتدارك به ما فاته من فعل الخير في حياته الأولى ، وليعوض من عاونه في جمع ماله من غير قرابته .

ولقد جاء الإسلام والعرب يتوارثون ويوصي بعضهم إلى بعض ، ولكن على طريقة مجافية للعدل ، بعيدة عن الإنصاف ، فالميراث ينزل حيث توجد القوة والشجاعة في الأفراد ، فجعلوه للرجال المحاربين دون النساء والصغار ، والوصية تسير مع ما جبلوا عليه من الفخر والمباهاة ، فكان الرجل يوصي بكل ماله لمن لا تربطه به رابطة من قرابة أو سبب بينما يذر ذوي قرابته في ساحة العوز والفاقة عالة يتكففون الناس .

نظام فاسد لا يتفق مع ناموس الحياة الصحيحة فكان لا بد من تشريع نظام جديد يحقق العدالة ويتفق مع ما جاءت به هذه الشريعة من مبادىء سامية وأغراض نبيلة .

وكان من حكمة الشارع التي لازمته في جميع تشريعاته أن يأخذهم بالموادة ويسير بهم في طريق الإصلاح بخطوات وئيدة ثابتة حتى تزول من نفوسهم شوائب الماضي ورواسبه بالتدريج ، فأنزل أول ما أنزل قوله تعالى[1] ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين .

---

(١) البقرة: ١٨٠ ، ١٨١ ، ١٨٢ .

بالمعروف حقا على المتقين﴾ . ففـي هـذه الآيـة أوجـب الوصيـة للـوالديـن والأقربين ولم يحدد مقدارها إلا أن تكون بالمعروف، وفي آخرها يخبر أنه حق على المتقين ثم حذر من تغيير الوصية بقوله ﴿فمن بدله بعدما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه إن الله سميع عليم. فمن خاف[1] من موص جنفا أو إثما فأصلح بينهم فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم﴾ ، خاف: علم ـ جنقاً: ميلا عن الحق».

ومن هنا عرفوا أن للأقرباء حقاً في ما لهم وكل تقديره إليهم حتى إذا ما ألفت نفوسهم هذا التشريع الجديد أنزل الله أحكام المواريث، وتولى بنفسه تقسيم التركة في آيات من سورة النساء بدأها بقوله:

﴿للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنسـاء نصيـب مما تـرك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً﴾[2]. وهذا إجمال لم ينس معه الأقرباء غير الوارثين. بل حث على إعطائهم وتطييب خاطرهم بقوله ﴿وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولا معروفا﴾ .

ثم بين الأنصباء بعد ذلك بقوله: ﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ إلى أن قال ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين آباؤكم وأبناؤكم لا

(١) لما حذر من تبديل الوصية وتوعد عليه بالعقاب بين أن التبديـل إذا كـان لمصلحـة لا إثم عليـه وذلك عندما يجد الشخص من الموصي ميلاً عن الحق خطأ أو عمداً بأن يوصي للأجنبي وقريبه محتاج، أو يوصي بأكثر من الثلث، أو يوصي بطريق ملتوية لترجع الوصية إلى من لا تجوز له الوصية. كأن يوصي لابن ابنه لتعود إلى ابنه وهو وارث، أو إلى زوج ابنته لتعود إلى ابنته كذلك، كما يذهب جمع من الفقهاء إلى أن الوصية للوارث موقوفة على إجازة باقي الورثة.

(٢) سورة النساء آية ٧ وما بعدها.

تدرون أيهم أقرب لكم نفعاً فريضة من الله إن الله كان عليماً حكيماً﴾ .

وفي نهاية الآيات وعدهم بالنعيم على الطاعة وحذرهم من المخالفة، وتوعدهم عليها بقوله: ﴿تلك حدود الله ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم، ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين﴾ .

وبعد أن حدد أنصباء الوارثين منع الوصية[1] لهم فقال رسول الله ﷺ : ﴿إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث﴾ رواه الإمام أحمد والنسائي والترمذي وابن ماجه وصححه الترمذي، ويميل الإمام الشافعي في كتابه الأم إلى تواتره[2] .

وفي رواية أخرى رواها الدارقطني عن ابن عباس عن رسول الله «لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة[3] » وبهذا ظلت الوصية مشروعة بجانب الميراث من غير أن يحدد لها مقدار خاص من المال، بل كانت متروكة إلى الموصى نفسه يوصي بما يشاء ما دام في دائرة المعروف. حتى كان ما رواه أصحاب السنن عن سعد بن أبي وقاص قال: جاءني رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله: قد بلغ بي من الوجع ما

---

(١) وعلى هذا استقر رأي الفقهاء ولم يخالف في ذلك إلا فقهاء الزيدية من الشيعة حيث أجازوا الوصية للوارث بدون توقف على إجازة باقي الورثة، وقالوا: إن المنسوخ في آية البقرة هو وجوب الوصية، ونسخ الوجوب لا يستلزم نسخ الجواز وبهذا أخذ قانون الوصية في المادة ٣٧ .

(٢) نيل الأوطار للشوكاني جـ ٦ ص ٣٤ .

(٣) وفي الموطأ. قال يحي سمعت مالكا يقول. السنة الثابتة عندنا التي لا اختلاف فيها أنه لا يجوز وصية لوارث إلا أن يجيز ذلك ورثة الميت وأنه إن أجاز له بعضهم وأبى بعضهم جاز له في حق من أجاز منهم، ومن أبى أخذ حقه. من ذلك المنتقى شرح الموطأ جـ ٦ ص ١٧٩ .

نرى، وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنه[1] أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: «لا» قلت فبالشطر يا رسول الله؟ قال: «لا» قلت: فبالثلث؟. قال: «الثلث والثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس[2]».

وفي حديث آخر أخرجه الدارقطني بسنده عن أبي الدرداء أن رسول الله قال: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم فضعوه حيث شئتم».

وعلى هذا الوضع استقر أمر الوصية، وتوفي رسول الله وهي مشروعة بكتاب الله وسنة رسوله، ثم أجمع العلماء على شرعيتها في كل العصور لم يخالف أحد في كونها مشروعة، نقل ذلك الإجماع نقلاً مستفيضاً حتى لا يكاد يخلو كتاب من كتب الفقه قديمها وحديثها من ذكره، لكنهم اختلفوا في صفتها. أهي واجبة كما كانت في أول شرعيتها، أم نسخ ذلك الوجوب وصارت مندوبة؟».

فذهب الجماهير من الفقهاء إلى أنها مندوبة ولا يجب على الإنسان أن يوصي بجزء من ماله لغيره، لأن وجوبها نسخ بآيات المواريث، وبقيت شرعيتها لا على وجه الوجوب إلا إذا كان الشخص مديناً بدين غير مكتوب، أو عنده أمانة لم يؤدها إلى صاحبها. أو عليه حق شرعي مالي فيجب عليه أن يوصى بأداء هذا الحق. لأن الوصية تعينت طريقاً لأدائه.

---

(١) يريد بذلك أنه لا يرثه من الأولاد إلا ابنه وإلا فهو من بني زهرة وهم عصبته وقد كان ذلك قبل أن يولد له من الأولاد غيرها، ثم ولد له بعد ذلك من الذكور أربعة ومن البنات عدد كثير قيل اثنتا عشرة بنتاً.

(٢) راجع نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٢، سبل السلام ج ٣ ص ١٣٧، المغني لابن قدامة ج ٦ ص ١، وقوله في الحديث عالة أي فقراء جمع عائل وهو الفقير والفعل منه عال يعيل إذا افتقر (يتكففون الناس) أي يسألونهم بأكفهم يقال تكفف الناس واستكف إذا بسط كفيه للسؤال، أو سأل ما يكف عنه الجوع، أو سأل كفافاً من الطعام.

وذهبت طائفة من الفقهاء منهم داود الظاهري، وابن جرير الطبري، وجماعة من التابعين كالضحاك وطاوس والحسن إلى أن الوجوب نسخ في حق الوالدين والأقربين الوارثين، ولم ينسخ في حق من لا يرث منهم كأبوين لا يرثان لاختلاف الدين مثلاً، وقريب غير وارث أصلاً أو محجوب بغيره فيجب على الشخص أن يوصي لهؤلاء...

وذهب البعض إلى أن الوصية واجبة لبعض من لا يرث وليست واجبة لجميعهم وإلى هذا الرأي استند قانون الوصية في تشريع الوصية الواجبة «وسيأتي بيانها» من هذا العرض الموجز يظهر لنا في وضوح أن الوصية مشروعة بالقرآن والسنة والإجماع، كما يظهر لنا الحكمة في مشروعيتها. وهي حاجة الناس إليها ليتدارك بها الإنسان ما فاته في حياته من واجبات، وليكافىء من قدم له يد العون في جمع ثروته وليصل به رحمه وذوي قرباه ممن لا يكون لهم حظ من ماله بالميراث.

وفي هذا يقول بعض[1] فقهاء الحنفية: «إن الوصية شرعت لحاجة الناس إليها لأن الإنسان مغرور بأمله، مقصر في عمله، فإذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج إلى تلافي ما فاته من التقصير بما له على وجه لو تحقق ما كان يخافه يحصل مقصوده المآلي، ولو اتسع الوقت وأحوجه إلى الانتفاع به صرفه إلى حاجته، فشرعها الشارع تمكيناً منه جل وعلا من العمل الصالح، وقضاء لحاجته عند احتياجه إلى تحصيل المصالح».

وقول رسول الله لسعد «الثلث والثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس» يبين لنا بوضوح الحكمة في تحديد مقدار الوصية بالثلث، وعدم إطلاق يد الموصى في كل المال.

---

(١) الزيلعي في تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٢.

التعريف بقانون الوصية

هذا القانون كانت نتيجة من نتائج استجابة أولى الأمر لشكايات الشاكين وصيحات الإصلاح التي ارتفعت في أواخر القرن الماضي وأوائل هذا القـرن.

فقد كان المطبق في مصر عندما كانت ولاية تابعة للدولة العثمانية هو المذهب الحنفي واستمر العمل به كذلك حتى أنشئت المحاكم الأهلية عام ١٨٨٢ ووضعت لها القوانين واللوائح فاقتطعت أكبر جزء من المنازعات التي كان يفصل فيها بأحكام الفقه الإسلامي وأخضعتها للقوانين الوضعية الأجنبية، ولم يبق خاضعاً للتشريع الإسلامي إلا مسائل المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، فاتجهت النية الى تقنين هذه الأحوال، ووجدت عدة محاولات لتقنينها تقنيناً كلياً كان من آخرها ما حدث في سنة ١٩٣٦ حيث وافق مجلس الوزراء في ديسمبر على تشكيل لجنة لوضع القانون الشامل لتلك الأحوال.

وفي أكتوبر سنة ١٩٣٨ تكونت من بين أعضاء هذه اللجنة لجنة تحضيرية مهمتها تحضير القوانين وصياغتها. فأخرجت مشروعات قوانين ثلاثة. قانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٢. وقانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ وقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦. غير أن اللّجنة كانت مقيدة بالنسبة لقانون الوصية بأن تجعل أساسه كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدري باشا كما تقضي بذلك مذكرة وزارة العدل، فعدلت ما احتاج منه إلى تعديل. وأكملت ما فيه من نقص، واقتصرت اللجنة فيه على أحكام التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت دون أحكام تصرفات المرضى الناجزة التي أعطيت حكم

الوصية . والتي تكفل القانون المدني بالنص على حكمها في مواده ـ ٩١٥ . ٩١٦ . ٩١٧ .

ثم أحال مشروع القانون ومذكرته التفسيرية أحكام المسائل التي لم ينص عليها فيه على الراجح من المذهب الحنفي .

وقد صدر هذا القانون في ٢٤ رجب سنة ١٣٦٥ هـ « الموافق ٢٤ يونية سنة ١٩٤٦ على أن يعمل به بعد شهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية . ولما نشر في أول يوليه سنة ١٩٤٦ بالعدد رقم ٦٥ أصبح تنفيذه واجباً من أول أغسطس من نفس السنة .

والقوانين حين صدورها لا تطبق إلا على الحوادث المستقبلة فلا يكون لها اثر رجعي إلا إذا نص فيها على ذلك كما هو صريح الدستور .

وهو من القوانين العامة التي تطبق على جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين مقيمين في مصر أو في غيرها من البلدان . عرضت منازعاته على محاكم مصرية أو غير مصرية كما تقضي بذلك المعاهدات وقواعد القانون الدولي الخاص .

وأما بالنسبة للأجانب المقيمين بمصر ولهم جنسيات غير مصرية فيطبق على وصاياهم قوانين بلد الموصى كما تنص المادة ٢٣ من لائحة التنظيم القضائي « اتفاقية منترو » . والمادة ـ ١٧ ـ من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بإصدار القانون المدني الجديد حيث تقول :

(١) يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته .

(٢) ومع ذلك يسري على شكل الوصية قانون الموصى وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت .

ولقد عرض هذا القانون للوصية بعد ذلك في ثلاث مواد ـ ٩١٥ ، ٩١٦ ، ٩١٧ وإليك نصوصها .

مادة ـ ٩١٥

« تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها » .

مادة ـ ٩١٦

(١) كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف .

(٢) وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً .

(٣) وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه .

مادة ـ ٩١٧

« إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها ، وبحقه في الانتفاع مدى حياته إعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك .

وجاء بمذكرته التفسيرية بشأن الوصية ما يلي :

« لم يعرض التقنين الحالي « المدني القديم » للوصية إلا في نص واحد

(م ٥٥[1]) أحال فيه على قانون الأحوال الشخصية فيما يتعلق بـأهليـة الموصى وصيغة الوصية، أما المشروع فقد أحال على الشريعة الإسلامية كل الأحكام الموضوعية للوصية.

وقد أصبحت الشريعة الإسلامية بذلك هي التي تطبق من حيث الموضوع على وصايا المصريين مسلمين كانوا أو غير مسلمين. إلخ.

ثم إن هذا القانون جاء محققاً لرغبات طالما ترددت في النفوس.

فمن الناس من كان يبغي إباحة الوصية للوارث قانوناً من غير توقف على إجازة الورثة كما تباح للأجنبي، وقد كان المذهب الحنفي يمنع من ذلك حتى اضطروا إلى التحايل على الوصول لمآربهم بطريق البيع الصوري مما جعل رجال القانون ينادون بالبحث عن مخلص لذلك من أقوال الفقهاء أنفسهم.

فالدكتور السنهوري في مقال له ـ بمجلة القانون والاقتصاد في سنتها السادسة عام ١٩٣٦ ـ عن وجوب تنقيح القانون المدني يطالب بالبحث في الشريعة عن حكم يجيز الوصية للوارث، لأن الناس إزاء منع الشريعة لهذه الوصية تحايلوا بشتى الطرق على تنفيذ رغباتهم بصورة عقد بيع مثلا وهو في حقيقة الأمر وصية، وأن المحاكم في كل يوم تواجه أشكالا من هذه العقود التي تحف بها قرائن قاطعة تدل على أن أصحابها أرادوا بها الوصية لا البيع، لجئوا إلى البيع لما ضاقت بهم أحكام الوصية، وقد توجد لديهم أسباب قوية تدعوهم إلى إيثار بعض الورثة بشيء من أموالهم، وقد وقفت المحاكم الأهلية أمام هذه العقود وقفة المتردد. فهي تارة تقرها على أساس أنها بيع صحيح إذا وجد ما يبررها من ظروف أسرة الموصى مكتفية بالشكل دون الموضوع، وطوراً

---

(١) ونصها «وكذلك تراعي في أهلية الموصي لعمل الوصية وفي صيغتها الأحكام المقررة لذلك في الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها الموصي».

تبطلها باعتبار أنها وصايا صادرة لبعض الورثة.

وهذا مما يدعو إلى التفكير عند تقنين أحكام الوصية في بحث أحكام الشريعة في هذا الموضوع، فهل يجد الباحث فيها شيئاً يعين على مجاراة مثل هذه الظروف العملية، فتباح الوصية للوارث ولو في حدود ضيقة:

وقد استجاب المشروع لهذا الرجاء فأباح الوصية للوارث وغير الوارث على السواء في المادة - ٣٧ - استناداً لمذهب الشيعة الزيدية.

كما حقق رغبة أخرى وهي إنشاء وصية واجبة بحكم القانون تشبة الميراث إلى حد بعيد تكون عوضاً وجعلها للحفدة الذين حرموا من الميراث بسبب وفاة أصولهم قبل صاحب التركة وهي مسألة طالما تطلع الناس إليها.

كما أجاز للشخص أن يوصى بتقسيم تركته على ورثته وتعيين نصيب كل واحد منهم بحيث تصبح لازمة بمجرد موته إدا لم تزد الأنصباء أو بعضها على نصيب أصحابها فإذا مات عرف كل وارث نصيبه دون أن ينازعه احد فيه.

الباب الأول
في تكوين الوصية وإنشائها

وفيه مباحث:

المبحث الأول
في
التعريف بالوصية

والوصية في اللغة تطلق على فعل الموصي، وعلى ما يوصى به من مال أو تصرف.

وهي بالمعنى الأول مصدر أو اسم مصدر مأخوذ من وصيت الشيء بالشيء أصيه إذا وصلته به[1]. ومنه قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم[2]﴾.

وسمى فعل الشخص هذا وصية، لأنه وصل به ما بعد موته بما كان في حياته ،ولا فرق في هذا المعنى بين أن يكون الفعل تبرعاً بمال أو عهداً إلى الغير

(١) جاء في أساس البلاغة للزمخشري في مادة « و ص ي » وصى الشيء بالشيء وصله ووصى البنت اتصل وكثر، وواصى البلد البلد واصله. وأوصيت إلى زيد بكذا ولعمرو. ووصيت وهذا وصيي وهذه وصيتي ووصاتي.. ومن المجاز: أوصيك بتقوى الله « ووصى بها إبراهيم بنيه » ووصيتك بفلان أن تبره، واستوص بفلان خيراً.

(٢) المائدة الآية ١٠٦.

بتصرف من التصرفات.

فمن يوصى لغيره بمال تبرعاً يكون قد وصل القربة الواقعة بعد الموت بالقربات المنجزة حال حياته، وكذلك من يعهد بشئون أولاده إلى غيره بعد وفاته يكون قد وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرف.

وهي بالمعنى الثاني اسم مفعول، ومنه قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾.

ومن هذا ترى أن اللغة لا تفرق بين الوصية والإيصاء، وأن مادة وصى تدل على الوصول والإيصال لا فرق بين الفعل المتعدي بنفسه أو باللام أو بإلى[1].

والفقهاء يفرقون بينهما فيستعملون لفظ الوصية في التصرف في المال المضاف لما بعد الموت، والإيصاء في جعل الغير وصياً على أولاده بعد موته.

هذا ما عليه الجماهير منهم وإن كان بعضهم[2] يسير بهما على نهج آخر فيجعل الوصية شاملة للايصاء.

ومن هنا جاءت تعريفاتهم لها مختلفة، فمن يرى عمومها عرفها بما يشمل الإيصاء، ومن يرى خصوصها عرفها بما يجعلها قاصرة على التصرف في المال.

---

(١) يقول ابن عابدين في رد المحتار ج ٥ ص ٦٣٥ بعد أن حكي عبارات كتب اللغة: «وبه ظهر أنه لا فرق في اللغة بين المتعدي بنفسه أو باللام أو بإلى في أن كلا منها يستعمل بمعنى جعلته وصياً، وأن المتعدي بإلى يستعمل بمعنى تمليك المال، وأن كلا من الوصية والإيصاء يأتى لهما، وأن التفرقة بين المتعدي باللام والمتعدي بإلى إصطلاحية شرعية».

(٢) فالنفراوي في شرح الرسالة ج٣ ص٢ يقول «إن الوصية عند الفقهاء تتنوع إلى وصية نيابةعن الموصي كالايصاء على الأطفال وعلى قبض الديون، وتفرقة التركة، والنوع الثاني أن يوصي بثلث ماله للفقراء أو بعتق عبده أو قضاء دينه»: وأما عند الفراض «علماء الفرائض» فهي قاصرة على النوع الثاني... وتعرف عند الفقهاء بأنها عقد يوجب حقاً في ثلث مال عاقده يلزم بموته أو يجب نيابة عنه بعد موته».

والتعريفات عند الفقهاء ضوابط للأحكام التي استنبطها أئمتهم، فهي تختلف تبعا لاختلاف الأحكام المقررة في كل مذهب، ومع ذلك فقد تأتى بعض التعريفات معيبة من ناحية قصورها أو زيادتها قيوداً لا حاجة إليها، ولذا كانت موضع جدل ونقاش كبير بين الفقهاء، وعباراتهم في تعريف الوصية كثيرة[1]. ومنوعة. تختلف في وضوحها وخفائها ووفائها وقصورها.

فبينما يعرفها أحدهم بأنها: **«تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع»**. إذ يعرفها آخر بأنها: **«ما أوجبه الموصى في ماله بعد الموت»**.

ويعرفها ثالث بقوله: **«إنها هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته أو عتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به»**.

ثم يجيء رابع ويعرفها بقوله: **«إنها تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت»** وهكذا إلى غير ذلك من التعريفات...

ولكن قانون الوصية لم يرتض شيئاً من ذلك فعدل عن التعريفات الخاصة لقصورها وعدم شمولها لكل ماجاء به من أحكام، كما عدل عن التعريفات العامة لأنه لم يرد بيان أحكام الإيصاء. وهو إقامة الغير بدله لأن محلها قانون آخر وهو القانون الخاص بأحكام الولاية على المال.

ثم اختار تعريفاً آخر فيه من المرونة ما يجعله شاملاً لكل أنواع الوصايا فعرفها في مادته الأولى بأنها: **«تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت»**.

---

(١) راجع بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٢٨٩، وشرح الرسالة للنفراوي ج ٣ ص ٢ من كتب المالكية، ومن كتب الشافعية تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج ٧ ص ٢، ومن كتب الحنابلة المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ١، ومن كتب الحنفية تبيين الحقائق للزيلعي ج ٦ ص ١٨١، ورد المحتار لابن عابدين ج ٥ ص ٦٣٥، ومن كتب فقه السنه نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ٢٨.

فهذا التعريف شامل لكل مسائل الوصية التي جاء بها القانون فيشمل ما إذا كان الموصى به مالا أو منفعة والموصى لـه مـن أهـل التملـك. كـالـوصيـة للأشخاص المعينين بالاسم أو بالصفة أو لم يكن من أهل التملك كالوصية للجهات الخيرية مثل المساجد والمصحات وغيرها.

ويشمل ما إذا كان الموصى به إسقاطاً فيه معنى التمليك كالوصية بالإبراء من الدين، وما إذا كان الموصى به إسقاطاً محضاً كالوصية بإبراء الكفيل من الكفالة، وما إذا كان الموصى به حقاً من الحقوق التي ليست مالا ولا منفعة ولا إسقاطاً ولكنه حق مالي لتعلقه بالمال كالوصية بتأجيل الدين الحال[1]، والوصية بأن يباع ماله من فلان أو يؤجر له بأجر معين، وغير ذلك كالوصية بتقسيم التركة أو تخصيص بعض الورثة بعين منها.

وشمول هذا التعريف لكل هذه المسائل واضح لأنها كلها تصرفات في التركة مضافة إلى ما بعد الموت، بعضها تمليكات، وبعضها الآخر ليس بتمليكات.

ولا يضر هذا التعريف عدم شموله التبرعات المنجزة في مرض الموت، لأنها وإن أخذت حكم الوصايا في نهايتها من أنها تنفذ في حدود ثلث التركة وما زاد يتوقف على إجازة الورثة إلا أنها تأخذ حكم الهبات في إنشائها من أنه يشترط في صحتها ما يشترط لصحة التبرعات، من كون محلها معلوماً عند غير المالكية، وأنه لا يصح تعليقها بالشرط، كما يشترط في ثبوت الملك بها القبض من المتملك، فلو مات المتبرع قبل أن يقبضها المتبرع له كان الخيار للورثة إن

---

(١) والقانون وإن لم يصرح بهذه الوصايا الثلاث وهي الأبراء من الدين والإبراء من الكفالة، وتأجيل الدين الحال إلا أنه يمكن اعتبارها من الوصية بالحقوق.

شاءوا. نفذوا العقد، وإن شاءوا منعوه بخلاف الوصية في كل ذلك[1].

ولما كانت الوصية تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت اعتبر القانون المدني الجديد كل تصرف لا تظهر فائدته إلا بعد الموت تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وأعطاه حكم الوصية، وبين ذلك في نوعين.

١ ـ كل عمل قانوني يصدر من الشخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع أيا كانت تسمية هذا التصرف.

٢ ـ تصرف الشخص لأحد ورثته بعين من الأعيان واحتفاظه بحيازة تلك العين بأي طريقة كانت، وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته.

فهذان النوعان يعتبران من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ويأخذان حكم الوصية ما لم يظهر بالدليل أنه قصد بها غير ذلك.

والمراد بالتركة كل ما يخلفه الميت من أموال أعياناً كانت أو منافع أو حقوقاً مالية تنتقل بالإرث. فتشمل الأعيان المالية بجميع أنواعها سواء تعلق بها حق للغير كحق المرتهن أو حق الزوجة في عين جعلت لها مهرا أو مات

---

(١) راجع البدائع ج ٧ ص ٣٢٣، وقد فصل ابن قدامة الحنبلي في كتابه المغنى ج ٦ ص ٧٢ وما بعدها أوجه الشبه والمخالفة بين هذه التصرفات وبين الوصية وتتلخص في أنها تشبه الوصايا في انها تأخذ حكمها من ناحية نفاذها من الثلث وتوقفها على إجازة الورثة فيما زاد، وأنها إذا كانت لوارث توقفت على إجازة الورثة: وأنها يزاحم بها الوصايا في الثلث.

وتخالفها في أن قبولها وردها يكون في حياة المتبرع بخلاف الوصية فإنه لا عبرة بقبولها أو ردها في حياة الموصي،ويتفرع على ذلك أنها متى تمت في حياته لا يملك الرجوع فيها بخلاف الوصية فإنه يملك الرجوع فيها مادام حياً، وأنه إذا مات المتبرع قبل أن يقبض المتبرع له موضوع التبرع كان ورثته بالخيار إن شاءوا نفذوا، وان شاءوا منعوا بخلاف الوصية، وأنه يشترط في محلها أن يكون معلوماً بخلاف الوصية، وأنه لا يصح تعليقها بالشرط إلا إذا كان عتقاً، وأنه لا يثبت ا لملك فيها إلا بالقبض بخلاف الوصية.

الزوج قبل أن تقبضها أو لم يتعلق بها حق لأحد، كما نشمل المنافع لأنها أموال على الرأي الراجح، والحقوق المتعلقة بالمال مثل حق التعلي وحقوق الارتفاق وحق خيار العيب، ويخرج عنها الحقوق التي لا تنتقل بالموت من المورث إلى الوارث سواء كانت حقوقاً متعلقة بالمال كحق التصرف في مال الغير بطريق الوكالة أو غير متعلقة به كحق الولاية على النفس وحق الحضانة وحق الوظيفة فإن شيئاً من ذلك لا يدخل في التركة[1] ومن ثم لا يكون التصرف فيها المضاف إلى ما بعد الموت وصية.

---

(١) كلمة التركة مصدر بمعنى المفعول لأنها متروكة، وهي في اللغة ما يتركه الإنسان ويبقيه من أولاد وأموال وحقوق وآثار حسنة كانت أو سيئة.

وفي الاصطلاح الشرعي مختلف فيها على آراء ثلاثة..

الأول: أنها تطلق على كل ما يخلفه الميت من أموال أعياناً كانت أو منافع أو حقوقاً مالية. سواء تعلق بأعيانها حقوق الغير أولا، كالعين التي رهنها المورث بدين عليه وسلمها للدائن قبل وفاته، فإن حق المرتهن تعلق بتلك العين في حالة حياة الراهن وكالعين التي جعلت مهراً للزوجة ولم تسلم إليها حتى مات الزوج. وكالعين التي اشتراها المورث قبل وفاته ولم يدفع ثمنها فحبسها البائع حتى يستوفي ثمنها فإن هذه الأعيان تعلق بها حق لغير الورثة.

وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء. وهو الذي سار عليه قانون الميراث حيث جاء في مادته الرابعة «يؤدي من التركة «أولاً» ما يكفي لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن «وثانياً» ديون الميت، الخ.

فأطلق في الديون فشملت ما تعلق بعين من الأعيان في حياة المورث وما تعلق بدفنه وتسمى الأولى بالديون العينية لأنها تعلقت بعين من أعيان التركة وتسمى الثانية بديون شخصية لتعلقها بذمة المدين كالقرض مثلاً، كما تسمى مرسلة لعدم تقيدها بعين بذاتها.

ومن هنا قالوا إن الحقوق المتعلقة بالتركة خمسة ١ حقوق عينية - ٢ - تجهيز الميت - ٣ - قضاء ديونه - ٤ - تنفذ وصاياه - ٥ - حق الورثة.

الثاني: أنها تطلق على ما يخلفه الميت من الأموال خالياً من تعلق حق للغير بعين منها فلا يدخل في التركة الأعيان التي تعلقت بها حقوق للغير كما مثلنا، وعلى هذا تكون الحقوق المتعلقة بالتركة أربعة - تجهيز الميت، وقضاء ديونه المرسلة، وتنفيذ وصاياه وحق الورثة. وهو المشهور عند الحنفية. =

المبحث الثاني
في ركن الوصية

ركن الشيء ما يقوم به أو كما يقول الأصوليون. هو ما كان داخلا في ماهية الشيء.

والوصية لا توجد ولا تتحقق إلا بوجود أمور أربعة: الموصى، والموصى له، والموصى به،والصيغة المنشئة لها - وقد ثار خلاف بين الفقهاء في كون هذه الأمور كلها أركاناً، أو أن الركن هو الصيغة التي يوجد بها التصرف في الخارج وما عداها لوازم؟.

فغير الحنفية يقولون: إن أركان الوصية هي الأربعة كلها[1].

والحنفية يذهبون إلى أن الركن هو الصيغة وحدها، وهذا الخلاف لا ثمرة له حيث إنه خلاف في التسمية يرجع إلى أمر اصطلاحي فقط.

وسنتكلم هنا عن الصيغة باعتبارها الركن المتفق عليه.

والكلام يتطلب بيان أمرين - أحدهما: هل الصيغة هي الايجاب وحده أو مجموع الايجاب والقبول؟- وثانيهما: بم تتحقق الصيغة؟.

أما الأول: فقد اختلفت كلمة الفقهاء فيه، فذهب الجماهير منهم إلى أن

= **الثالث**: إطلاقها على ما يبقى من الأموال المتروكة بعد التجهيز وتسديد الديون، وهو الذي تنفذ فيه الوصايا ويستحقه الورثة. وهو منقول عن بعض فقهاء الحنفية.

(١) ففي بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٨٨. والأركان أربعة. الموصي، والموصي له والموصي به والوصية «أي الصيغة» وفي تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الشافعي. وأركانها موصي وموصي له وموصي به وصيغة، جـ ٧ ص ٤.

الصيغة تتحقق بالإيجاب وحده، وهو كل لفظ دال على التمليك بعد الموت. سـواء كان بلفظ الوصية صريحاً. كأوصيت لفلان بكذا، أو هذا وصية لفلان، أو كان بلفظ غير صريح يفهم منه الوصية بقرينة. كهذا هبة لفلان بعد موتي، أو اعطوا فلاناً كذا بعد موتي، أوملكتك داري هذه بعد وفاتي، وما شاكل ذلك من الألفاظ أو ما يقوم مقامها، فالوصية على هذا من التصرفات التي تنشأ بإرادة واحدة، لأنها من عقود التبرعات التي توجد من جانب المتبرع وحده فإذا وجد الإيجاب من الموصى تعتبر الوصية موجودة شرعاً.

وأما القبول عندهم فهو شرط لزومها، أو شرط دخول المال الموصى به في ملك الموصى له على خلاف سيأتي بيانه.

وذهب البعض إلى أن الصيغة لا توجد بالإيجاب وحده، بل القبول جزء منها فهو ركن كالإيجاب، فقبل وجود القبول لا وجود للوصية كسائر العقود الأخرى، ولعل هذا الفريق نظر إلى أن الوصية عقد يفيد الملك، فيكون كسائر العقود الأخرى المفيدة له في أنه لا بد فيها من الإيجاب والقبول.

والرأي الأول أوجه حيث إنه يسير مع قاعدة التبرعات التي يكفي في وجودها شرعاً ما يصدر من المتبرع وحده، وليس بلازم أن يكون ما يصدر من الطرف الثاني ركناً في العقد، بل يكفي أن يكون شرطاً لثبوت الملك له.

ثم ماذا يقول الذاهبون إلى ركنية القبول في صور الوصية التي تتم وتلزم من غير قبول كالوصية لجهة من الجهات التي ليس لها من يمثلها شرعاً أو قانوناً؟

أيقولون بركنية القبول فيها، أم يقولون بانعدام الوصية لانعدام ركنها؟

هذا والنقل في كتب الحنفية مختلف عن الأئمة. فبينما نجد أغلب كتبهم وفي

طليعتها كتاب المبسوط[1]، تحكي أن القبول ليس بركن، بل هو شرط للزوم العقد فقط، إذ بنا نجد صاحب البدائع[2] يحكي الأقوال على وجه آخر فيقول «وأما ركن الوصية فقد اختلف فيه، فقال أصحابنا الثلاثة رحمهم الله «الإمام وصاحباه» هو الايجاب والقبول. الإيجاب من الموصى، والقبول من الموصى له، فما لم يوجدا جميعاً لا يتم الركن، وإن شئت قلت: ركن الوصية الإيجاب من الموصى، وعدم الرد من الموصى له وهو أن يقع اليأس عن رده، وهذا أسهل لتخريج المسائل على ما نذكر، وقال زفر رحمه الله: الركن هو الإيجاب من الموصى فقط، ثم ساق الأدلة لكل من الرأيين، وصنيعه فيها يدل على أنه اختار الرأي الأول.

---

(١) جـ ٢٨ ص ٤٧، ورد المحتار لابن عابدين جـ ٥ ص ٦٣٨.

(٢) جـ ٧ ص ٣٣١ ومن تأمل كلامه في الاستدلال يجده يدور حول ضرورة وجود القبول أو عدم ضرورته. فيقول في استدلاله لزفر. إن ملك الموصى له بمنزلة ملك الوارث، وملك الوارث لا يفتقر إلى قبوله وكذا ملك الموصى له. وفي الاستدلال للرأي الآخر يقول: إن القول بثبوت الملك له من غير قبوله يؤدي إلى الإضرار به من وجهين. أحدهما انه يلحقه ضرر المنة. ولهذا توقف ثبوت الملك للموهوب له على قبوله دفعاً لضرر هذه المنة، والثاني أن الموصي به قد يكون شيئاً يتضرر به الموصى له كالعبد الأعمى والزمن والمقعد. إلى أن قال. فلو لزمه الملك من غير قبوله للحقه الضرر من غير التزامه وإلزام من ليس له ولاية الإلزام. إذ ليس للموصين ولاية الإلزام للضرر فلا يلزمه بخلاف ملك الوراث، لأن اللزوم هناك بإلزام من له ولاية الإلزام وهو الله تبارك وتعالى فلم يقف على القبول.

هذا المسلك في الاستدلال يفيد أن الخلاف في كون القبول شرطاً لثبوت الملك أو أنه ليس بشرط فيثبت الملك بمجرد موت الموصي من غير حاجة إلى القبول. وهو خلاف سيأتي عند الكلام على القبول.

وقد كان من الممكن أن نقول: إن كلمة الركن في كلام صاحب البدائع ليست على حقيقتها، بل أراد بها ما لا بد منه في ثبوت الملك للموصى له سواء كان ركناً بالمعنى الاصطلاحي أو شرطاً، كان يمكن ذلك لولا كلامه الصريح في بيان الشروط، وهو أن الموافقة بين القبول والإيجاب شرط ليرتبطا فإذا لم توجد الموافقة يبقى الإيجاب بلا قبول فلا يتم الركن.

وثمرة هذا الخلاف ـ على اعتبار أنه خلاف حقيقي في الركن ـ تظهر في اشتراط موافقة القبول للأيجاب وعدم اشتراط ذلك، فمن جعل القبول ركناً شرط الموافقة بينهما ليتحقق الانعقاد والارتباط بين شطري الصيغة، ومن لم يجعله ركناً لم يشترط ذلك[1].

وقانون الوصية: سار على الرأي الأول فاعتبر الإيجاب وحده محققاً الوصية، فمادته الثانية تقول في فقرتها الأولى «تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة. فإذا كان الموصى عاجزاً عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهمة» فهذا صريح في أن الوصية توجد بما يصدر من الموصى وحده.

ولم يكتف بهذا بل بين **مركز القبول في مادته العشرين** ونصها.

«تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى. فإذا كان الموصى له جنيناً أو قاصراً او محجوراً عليه يكون قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ماله بعد إذن المجلس الحسبي «المحكمة الحسبية» ويكون القبول من الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانوناً، فإن لم يكن لها من يمثلها لزمت الوصية بدون توقف على القبول.

وهذا واضح في أن القبول يأتي بعد وجود الوصية لأن اللزوم أمر زائد على

---

(١) وبهذا يظهر السر في اختلاف صاحب المبسوط وصاحب البدائع في هذا الأمر حيث قال صاحب المبسوط: «ولو أوصى رجل لرجلين بثلث ماله فرد أحدهما الوصية بعد موته كان للآخر حصته من الوصية إذا قبل الخ.

وقال صاحب البدائع «أما الذي يرجع إلى نفس الركن فهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب. فإن خالف الإيجاب لم يصح القبول لأنه إذا خالفه لم يرتبطا فبقي الإيجاب بل قبول فلا يتم الركن الخ.

وأنه اختلاف راجع إلى اختلافهما في ركنيه القبول، وليس راجعاً إلى مجرد اختلاف المثال الذي مثل به كل منهما كما يقولالاستاذ أبو زهرة في كتابه شرح قانون الوصية.

أصل العقد، ولو كان القبول ركناً فيها لما وجدت قبل وجوده فضلاً عن لزومها في بعض صورها بدونه.

وأما الأمر الثاني: وهو ما تتحقق به الصيغة، فإنها تتحقق بواحد من أمور ثلاثة: العبارة والكتابة والإشارة.

ذلك لأن الصيغة هي المظهر الخارجي الذي يعبر عما في النفس من رغبات في إنشاء العقود والتصرفات، وهي التي تناط بها الأحكام دون الإرادة الباطنة التي هي العزم والنية.

فكل ما يعبر عن الإرادة الباطنة تعبيراً صادقاً يصلح أن يكون صيغة للتصرف سواء كان كلاماً أو كتابة أو إشارة. غير أن الأصل في التعبير عما في النفوس هو الكلام لأنه الطريق الطبيعي للتفاهم بين الناس في جميع الأحوال لذا صح إنشاء التصرف بكل كلام مفيد دال على مقصود المتصرف بأي لغة كانت عربية أو غير عربية، فصيحة أو غير فصيحة، حقيقة كان أو مجازاً متى كان مفهوماً واضح الدلالة.

وهذا من غير خلاف بين الفقهاء فتنشأ الوصية بكل عبارة دالة عليها سواء كانت بلفظ الوصية أو بغيره كما سبق.

كما يصح إنشاؤها بالكتابة من العاجز عن النطق بلا خلاف بين الفقهاء.

وأما القادر على النطق فيصح منه ذلك على خلاف بين المذاهب[1] في إطلاق العمل بها أو تقييده... ففي رأي تصح الوصية بالكتابة من غير تقييد بشيء، فلو كتب الشخص وصيته ولم يره أحد ثم مات فإنه يقبل ما فيها إذا

---

(١) راجع المغنى لابن قدامه جـ ٦ ص ٦٩، ورد المختار لابن عابدين جـ ٥ ص ٧٢١ والمدونة الكبرى جـ ١٥ ص ٧٣.

كان خطه مشهوراً ، وكذلك لو كتبها ودفعها للشهود من غير قراءة قائلا لهم اشهدوا على ما فيه وهو رواية عن أحمد ، وفي رأي آخر لا تقبل إلا إذا تأيدت بالإشهاد عليها ، إما بكتابتها أمام الشهود أو قراءتها عليهم ، أو أن يكتبها له غيره ويقرأها عليه ثم يوقعها بعد ذلك وهو ما ذهب إليه الجمهور ، وللحنفية تفصيل في دلالة الكتابة على الإثبات يرجع إليه في كتبهم[1] .

وأما الإشارة : فقد سوى[2] المالكية بينها وبين العبارة فصححوا الوصية بها من القادر على النطق والعاجز عنه على حد سواء .

وأما غير المالكية فقبلوها من الأخرس ، وهو من ولد وبه هذه الآفة إذا كانت مفهومة ، وكان لا يعرف الكتابة بلا خلاف . لأن المطلوب هو التعبير عن الإرادة . والأخرس لا يستطيع التعبير بغيرها فتقبل منه .

---

(١) ففي رد المختار ج ٥ ص ٧٢١ عند الكلام على إيماء الأخرس وكتابته ومعتقل اللسان يقول : ثم اعلم أن هذا في كتابة غير مرسومة أي غير معتادة لما في التبيين وغيره أن الكتاب على ثلاث مراتب . مستبين مرسوم وهو أن يكون معنوناً أي مصدراً بالعنوان وهو أن يكتب في صدره من فلان إلى فلان على ما جرت به العادة فهذا كالنطق فلزم حجة ، ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدران وأوراق الأشجار لا على الوجه المعتاد فلا يكون حجة إلا بانضمام شيء آخر إليه كالنية والإشهاد عليه والإملاء على الغير حتى يكتبه لأن الكتابة قد تكون للتجربة ونحوها ، وبهذه الأشياء تتعين الجهة ، وقيل الإملاء بلا شهادة لا يكون حجة ، والأول أظهر ـ وغير مستبين كالكتابة على الهواء أو الماء ، وهو بمنزلة كلام غير مسموع ولا يثبت به شيء من الأحكام وإن نوى . ثم قال وهذا كله في الناطق ففي غيره بالأولى .

(٢) جاء في شرح الرسالة للنفراوي جـ٣ ص٣ « والصيغة هي كل ما يفهم منه الوصية من لفظ أو إشارة ولو من قادر على الكلام أو خط » ـ والقانون المدني الجديد يوافق ما ذهب إليه المالكية فيقرر في المادة ـ ٩٠ « أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة » وبالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود .

فإذا كان يعرف الكتابة، فالحنفية في إحدى الروايتين عندهم لا يقبلون إشارته، لأن الأصل في التعبير أن يكون بالكلام، وعند العجز ينتقل إلى وسيلة أخرى، وعند اجتماع وسيلتين تقدم أقواهما، ولا شك في أن الكتابة أقوى في التعبير من الإشارة، لأن الكتابة تعبير بالقلم فتنحل إلى ألفاظ عند قراءتها، فهي في قوة العبارة، فلا يعدل عنها إلى ما هو أضعف منها.

وفي الرواية الأخرى يجوزون ذلك فيقبلون إشارته، لأن كلا من الإشارة والكتابة معبر فيقبل منه أيهما متى كانت مفهومة معبرة عن إرادته الخفية.

وأما العاجز بسبب أمر طارىء من مرض أو غيره. وهو معتقل[1] اللسان فقد سوى بعض المذاهب بينه وبين الأخرس في أنه تصح وصيته بالإشارة.

وخالف الحنفية فلم يصححوا وصيته بالإشارة إلا إذا امتدت[2] عقلته فصارت له إشارة معلومة كالأخرس فتقبل منه، وقيل لا تقبل إلا إذا صار ميئوساً من عودة النطق إليه، وهذا لا يكون إلا بالموت.

فإذا صدرت منه إشارة يفهم منها أنه أراد إنشاء وصية، ثم زال المانع من عدم النطق فإن ما سبق منه لا اعتبار له، ويصير كأن لم يكن، ويجب عليه إنشاء وصية جديدة بالكلام إن أراد، فإن لم يفعل فلا وصية، وأما إذا مات وهو عاجز فإن وصيته في هذه الحالة تعتبر صحيحة نافذة.

والقانون: صحح إنشاء الوصية بالطرق الثلاثة إلا أنه جعل العبارة والكتابة

---

(١) معتقل بفتح القاف. يقال اعتقل بضم التاء اذا احتبس عن الكلام ولم يقدر عليه - رد المحتار جـ ٦ ص ٧٢١.

(٢) قدرت مدة الامتداد في المحيط بشهر، وفي جامع الفصولين بستة أشهر وقدرها ثالث بسنة كما في تكملة البحر جـ ٨ ص ٥٤٤، وراجع في ذلك تبيين الحقائق للزيلعي جـ ٦ ص ٢١٨. ورد المختار لابن عابدين جـ ٥ ص ٦٤٥.

في درجة واحدة، والإشارة في درجة تالية لهذه الدرجة، وهي درجة العجز عن النطق والكتابة معاً.

فمن يحسن الكتابة يصح منه إنشاء الوصية بها سواء كان قادراً على النطق أو عاجزاً عنه... جاء ذلك صريحاً في الفقرة الأولى من المادة الثانية ونصها:

« تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة، فإذا كان الموصى عاجزا عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهمة ».

وليس بلازم في الكتابة أن يكتب الشخص وصيته بيده، بل يكفي أن يكتبها غيره فيقرأها، أو يقرأها له غيره ثم يوقعها بإمضائه لأن هذا التوقيع فعل يدل على رضاه بالمكتوب، وهو كاف في الايجاب استناداً لمذهب الحنابلة.

والمراد بالعاجز من لا يستطيع النطق بسبب الخرس أو اعتقال لسانه، أو مرض يجعله غير قادر على الكلام، فإذا لم يكن قادراً على الكتابة تنعقد وصيته بإشارته المفهمة لمراده، لأن الإشارة في حقه بمنزلة النطق في حق غيره.

ولا يشترط في الإشارة إلا أن تكون مفهومة، فإذا لم تكن مفهومة كانت لغواً لا تنشىء وصية ولا غيرها.

وهذه الأحكام خليط من المذاهب المختلفة كما ترى:

فحكم وصية القادر على النطق، وهو أنها لا تنعقد إلا بالعبارة أو الكتابة ولا تنعقد بالإشارة مأخوذ من مذهب الحنفية، ومثله حكم وصية العاجز عن النطق في عدم انعقادها بالاشارة إذا كان قادراً على الكتابة، والتسوية بين الكتابة والعبارة مأخوذ من مذهب الحنابلة كما صرحت بذلك المركة التفسيرية وهو يوافق مذهب المالكية والحنفية في جملته.

والتسوية بين الأخرس ومعتقل اللسان والمريض الذي لا يقدر على النطق مأخوذ من مذهب الشافعية على ما نقله الحنفية في كتبهم عنهم.

ما شرطه القانون لسماع دعوى الوصية:

لم يأت قانون الوصية بشيء جديد ـ زيادة عما قرره الفقهاء في إنشاء الوصية فلم يشترط في صحتها صدور إشهاد رسمي كما شرطه قانون الوقف في إنشائه، وإنما شرط لسماع دعوى الوصية أو الرجوع القولي عنها بعد وفاة الموصى عند الإنكار وجود أحد أمور ثلاثة تدل على صحة الدعوى ـ ورقة رسمية[1] ـ ـ ورقة مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه ـ ٣ ـ ورقة الوصية أو الرجوع عنها بتوقيع الموصى المصدق عليه...

هذا في الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ م، أما الحوادث الواقعة قبل ذلك فاكتفى في سماع الدعوى فيها بوجود أوراق خالية من شبهه التصنع تدل على صحة الدعوى.

جاء ذلك صريحاً في الفقرة الثانية من المادة الثانية ونصها:

لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولي عنها بعد وفاة الموصى في الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ الافرنجية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع[2] تدل على صحة الدعوى. وأما الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر، إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك، أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقاً على توقيع الموصى عليها.

والحكمة في هذا الاشتراط قطع الطريق على المزورين الذي يدعون وصايا

---

(١) العقد الرسمي هو العقد الذي يعقد أمام موظف عمومي أعد لذلك يسمى الموثق. ويسمى ذلك العقد اشهاداً رسمياً كذلك.

(٢) المراد بخلو الأوراق من شبهة التصنع: ألا يظهر منها ما يدل على أنها أعدت لتكون مسوغاً لهذه الدعوى.

لا وجود لها ويؤيدونها بشهادة مزورة، وهذا الاشتراط وإن لم يكن له نظير في كلام الفقهاء إلا أنه يدخل تحت قاعدة مقررة عندهم. وهي تخصيص القضاء، فلولى الأمر أن يمنع القاضي من سماع بعض الدعاوى، أو يخصصه بنظر نوع معين.

ولقد كان المشرع في مشروع قانون الوصية في الفقرة السابقة، ومذكرتها التفسيرية يرى أن تكون الوصية كالعقود الرسمية، كالوقف والهبة لا تكون صحيحة إلا إذا صدر بها إشهاد رسمي «عقد رسمي» أو تكون مكتوبة كلها بخط الموصى وموقعاً عليها بإمضائه، أو يحرر بها عقد عرفي يصدق فيه على إمضاء الموصى أو ختمه فإذا لم تكن على هذا الوجه كانت باطلة.

ولكن لجنة العدل بمجلس الشيوخ عدلت هذه الفقرة على الوجه السابق مكتفية بما كان موجوداً في المادة ـ ٩٧[١] ـ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ **مع إضافة حالة التصديق الرسمي على توقيع الموصى على ورقة الوصية...**

والسبب في هذا العدول ـ كما جاء في تقرير اللجنة ـ أن الوصية تختلف بطبيعتها عن العقود الأخرى المشترط فيها الرسمية، فقد تكون في وقت اشتداد

---

(١) ونصها «لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الإيصاء أو الرجوع عنهما أو العتق أو الإقرار بواحد منا وكذا الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة الموصي أو المعتق أو المورث في الحوادث السابقة على سنة الف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنكية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى.

وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الافرنكية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصي أو المعتق أو المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفي وعليها امضاؤه كذلك تدل على ما ذكر» ويلاحظ أن هذه المادة لم تلغ بالقانون رقم ٤٦٣ لسنة ١٩٥٥ الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية.

المرض، أو في ظروف حرجة يجب التيسير فيها.

والقانون وإن عدل عن اشتراط صدور إشهاد رسمي في إثبات صحة الوصية إلا أن ملكية الموصى به إذا كان عقاراً لا تثبت للموصى له إلا بعد تسجيل الوصية لأن القانون المنظم للشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الذي نفذ من أول يناير سنة ١٩٤٧ ينص في مادته التاسعة **على أن الوصية لا تنتقل بها الملكية في العقار بعد ذلك التاريخ إلا بعد تسجيل ذلك النقل.**

وما ينبغي ملاحظته هنا:

أن المادة في عرضها للأمور الثلاثة التي تدل على صحة الدعوى لم تكن على نسق واحد، ففي الأمر الثالث صرحت بأن الورقة العرفية هي ورقة الوصية، وفي الأمرين الأول والثاني لم تصرح بذلك، بل أطلقت فيهما «أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه، فهل التقييد ملاحظ فيهما اعتماداً على التقييد في الحالة الثالثة. بمعنى أن يكون المراد بالورقة الرسمية أو المكتوبة بخط المتوفى ورقة الوصية نفسها، أو أنه غير ملاحظ، فلا يلزم أن تكون كل منهما هي ورقة الوصية، بل ما هو أعم من ذلك فيشمل ورقة الوصية المثبتة لها وكل ورقة أخرى تدل على الوصية بطريق التضمن أو الإشارة.

الظاهر أن مراد المشرع هو الإطلاق، لأن هذه الأوراق مسوغ لسماع دعوى الوصية عند إنكارها لا لإثبات الوصية، وإذا سمعت الدعوى كان على مدعيها أن يثبتها بكافة طرق الاثبات.. ولو كان المشرع يقصد دلالة تلك الأوراق على إثبات الوصية بمعنى أنها لا تسمع دعواها إلا إذا كانت ثابتة بورقة من هذه الأوراق لأتى بعبارة تدل على ذلك - وما أسهلها عليه - كأن يقول: «لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية إلا إذا كانت ثابتة بورقة رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها امضاؤه الخ.. ولكنه أطلق تبعاً للاطلاق

في المادة ٩٨ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المأخوذ منها هذا الحكم وهي مطلقة هناك[١].

وعلى هذا إذا وجد عقد بيع رسمي فيه إشارة إلى الوصية كان ذلك مسوغاً لسماع الدعوى بها، لأنه ورقة رسمية، ومثله في ذلك محضر تحقيق للنيابة أو للشرطة فيه ذكر للوصية. ولو وجد خطاب بخط الموصى موقع عليه بإمضائه موضوعه شيء آخر غير الوصية، وفيه إشارة إلى الوصية أو أتى بها ضمناً كان ذلك أيضاً مسوغاً لسماعها، وكذلك محضر التصديق على التوقيع وعلى المدعى أن يثبت دعواه بأي دليل آخر...

(١) يدلنا على ذلك أن القانون المشار إليه بينا أطلق في سماع دعوى الوصية قيد في سماع دعوى الزوجية والوقف. فالمادة - ٩٩ - منه الخاصة بسماع دعوى الزوجية تصرح بأنها لا تسمع دعوى الزوجية عند الإنكار في الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية، أو مكتوبة كلها بخط المتوفي وعليها إمضاؤه، وفي الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية.

والمادة - ١٣٧ - منه الخاصة بسماع دعوى الوقف تقول: يمنع عند الإنكار سماع دعوى الوقف أو الإقرار به أو استبداله أو الإدخال أو الاخراج وغير ذلك من الشروط التي تشترط فيه إلا إذا وجد بذلك إشهاد ممن يملكه على يد حاكم شرعي الخ ولقد وجدنا المشرع في قوانين أخرى حينا يريد أن تكون الورقة الرسمية أو المكتوبة مقيدة يصرح بذلك.

ففي القانون رقم ٢١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال تقرر مادته السابعة والعشرون في إحدى فقراتها بأنه «لا يجوز أن يعين وصياً من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرفية مصدق على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعه بإمضائه.

ومادته الثامنة والعشرون - بعد أن بينت للأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر أو للحمل المستكن تصرح بأنه «يشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية عرفية مصدق على توقيع الأب أو المتبرع فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه.

ومن هذا يتبين لنا أن أسلوب المشرع يأتي مطلقاً في بعض المواضع ومقيداً في بعضها الآخر، وان كلا من الإطلاق والتقييد مراد له في محله فيعمل به كما ورد. وللمحكمة العليا =

المبحث الثالث
في
قبول الوصية وردها ووقت ثبوت الملكية بها

قدمنا أن ركن الوصية هو الإيجاب وحده، وأنه يتحقق بواحد من أمور ثلاثة: العبارة والكتابة والإشارة، وأن القبول ليس ركناً، بل هو شرط للزوم الوصية، أو لدخول الموصى به في ملك الموصى له...

وقد بين القانون أحكام القبول والرد في ست مواد من المادة العشرين إلى الخامسة والعشرين...

والكلام هنا يحتاج إلى بيان أمور، سبب جعله شرطاً، والوقت الذي يعتبر فيه القبول والرد، ومراد الفقهاء منه، ومن الذي يملكه، والوقت الذي يثبت فيه الملك للموصى له بعد قبوله...

أما اشتراط القبول فهو قول جماهير الفقهاء لم يخالف في ذلك - فيما نعلم - إلا زفر من الحنفية[1] في إحدى الروايتين عنه، وفيها يقول: إن الملك يثبت بموت الموصي، ولا يتوقف على القبول من الموصى له، كما وأنه لا يملك رد الوصية وعلل ذلك. بان الوصية خلافة كالميراث. فكما أن الوارث يخلف المورث في تركته ويثبت ملكه من غير قبول فكذلك الوصية يخلف فيها الموصى له الموصي فيما أوصى به بمجرد موته من غير حاجة إلى قبول.

أما القول الأول فيثبت من وجهين.

= الشرعية حكم في ذلك قضية استئناف رقم ١١٤ - ٤٥ - ١٩٤٦ بتاريخ ١٢ جمادي الأولى سنة ١٣٦٧ - ٢٣ مارس سنة ١٩٤٨.

(١) المبسوط ج ٢٨ ص ٢٧.

الأول : إن الملك في الوصية يثبت للموصى له باختيار الموصى ابتداء بعقد الوصية فيتوقف على القبول من الموصى له كسائر عقود التمليكات بدليل أن الموصى كان يملك منع الملك بالرجوع عن الوصية قبل الموت، وانعدام ولاية الموصى على من أوصى له، والخلافة صورية فقط . بخلاف الملك بالميراث فإنه يثبت جبراً بدون اختيار المورث والوارث، لأنه خلافة حقيقية بجعل الشارع لما له من ولاية الإلزام العامة، والمورث ما كان يملك منع هذا الملك، وكذلك الوارث لا يملك رده وإسقاطه[1] ، فقياس الوصية على الميراث قياس مع الفارق .

الثاني : إن التمليك في بعض صور الوصية لا يخلو من ضرر . كما إذا كانت الوصية بشيء نفقاته أكثر من منفعته كحيوان مريض مثلا ، فلا بد من أن يمكن الموصى له من دفع هذا الضرر بإعطائه حق الرد . كما وأن ضرر المنة ثابت في أغلب صورها ، أو على الأقل محتمل، وكثير من الناس يفضل العيش كفافاً على أن يعيش في سعة يتبعها أذى المنة .

وبهذا الرأي أخذ القانون في مادته العشرين[2] .

ومما تجب ملاحظته هنا أن هذا الشرط ليس لازماً في جميع صور الوصية بل في بعضها فقط، وهي التي يتصور فيها القبول من الموصى له بنفسه أو ممن

---

(١) يوضح هذا الفرق أن ملك الوارث امتداد لملك المورث فيملك الرد بالعيب ويصير مغروراً فيما اشتراه المورث قبل موته . بخلاف الموصى له فإنه لا يثبت شيء من ذلك .

(٢) ونصها « تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصي فإذا كان الموصى له جنيناً أو قاصراً أو محجوراً عليه يكون قبول الوصية أوردها ممن له الولاية على ماله بعد إذن المجلس الحسبي .

ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانوناً ، فإن لم يكن لها من يمثلها لزمت الوصية بدون توقف على القبول .

يقوم مقامه من ولي أو وصي أو قيم، وما عدا ذلك تلزم الوصية بدون قبول «وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام على من له حق القبول».

والسبب في هذه التفرقة أن الوصية لها شبهان. شبه بالهبة في أنها تبرع وتمليك من غير عوض باختيار المتبرع، وشبه بالميراث في أنها تمليك بعد الموت، فللشبه الأول يشترط فيها القبول، وللشبه الثاني لا يشترط لأنه ملك جبري. فلهذا أخذت حكماً وسطاً بين الأمرين، فاشترط فيها القبول متى كان ممكناً. فإذا تعذر انتفت شرطيته ولزمت الوصية بدونه[1].

وقت القبول والرد

أما وقت القبول والرد فبعد وفاة الموصى، ولا عبرة بما يقع منهما في حياته. لأن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فآثاره لا تترتب عليه إلا بعد مجيء وقته، فإذا قبلها في حياته فلا بد لثبوت ملكه أن يقبلها بعد وفاته، وكذلك إذا ردها حال حياة الموصى كان له حق القبول بعد وفاته.

ولم يخالف ذلك إلا زفر[2] من الحنفية في الرواية الأخرى عنه فإنه يرى أن الرد من الموصى له معتبر في حياة الموصى بمعنى أنه لا يصح منه قبول بعد وفاة الموصى إذا ما سبقه رد لها في حياته، لأنه برده أبطل لصيغة المنشئة للوصية، وإذا بطل السبب لم يجد القبول شيئاً يقع عليه.

الفورية والتراخي في القبول:

وإذا كان القبول شرطاً، وأن وقته بعد وفاة الموصى، فهل لهذا القبول وقت يتقيد به بحيث إذا فات ذلك الوقت يعتبر الموصى له راداً للوصية؟

---

(١) راجع تبيين الحقائق للزيلعي جـ ٦ ص ١٨٦ عند الكلام على الوصية للحمل.
(٢) المرجع السابق ص ١٨٤.

لم يحدد الفقهاء وقتاً للقبول إلا أنه بعد الوفاة[1]، بل كلامهم صريح في أنه يصح منه القبول أو الرد في أي وقت شاء، وعلى هذا يكون ثابتاً على التراخي **لأن الوصية ليست من العقود الناجزة التي يتشرط فيها القبول فور الإيجاب أو في مجلس العقد.**

وثبوت الحق على هذه الصورة قد ينشأ عنه أضرار حيث يبقى الملك في الموصى به معلقاً غير مستقر لاحتمال أن يكون للموصى له إن قبل الوصية، أو للورثة إن ردها، وقد يكون المال نفسه في حاجة إلى نفقات لحفظه وصيانته، أو لبقاء حياته كما لو كانت الوصية بحيوان مثلا، ومع عدم استقرار الملك لا يعني به أحد من الطرفين.

ومع أنه لم يوجد في كلام الفقهاء تحديد لمدة[2] معينة إلا أنه وجد في مذهب الشافعي[3] وأحمد ما يسد هذه الثغرة، وهو أن الموصى له إذا سكت فلم يقبل الوصية أو يردها كان لورثة الموصى أن يرفعوا الأمر للقاضي ليطالبه بتحديد موقفه من القبول أو الرد، فإن امتنع عن إبداء رأيه اعتبر رداً للوصية وحكم عليه بالرد.

---

(١) يقول ابن قدامة في المغنى جـ ٦ ص ٢٥ «ويجوز القبول على الفور والتراخي ولا يكون إلا بعد موت الموصي لأنه قبل ذلك لم يثبت له حق.

(٢) والسبب في ترك الفقهاء لهذا التحديد أن الغالب في الموصي لهم المبادرة إلى قبول الوصية لأنها منفعة، وفي النادر أن يتراخى الموصى له عن القبول متى علم، على أنه لم يقع في زمنهم، ولو وقع لبينوا حكمه، وما في المذهبين الشافعي والحنبلي من تحديد جاء افتراضاً لهذا التأخير.

(٣) كما جاء في المذكرة التفسيرية. وفي حاشية الشيخ عبد الحميد الشرواني على تحفة المحتاج جـ ٧ ص ٢١ «والراجح أنه إذا امتنع من القبول والرد خيره الحاكم بينهما فإن أبي حكم عليه بإبطال الوصية».

وعلى هذا الرأي استند القانون فجعل للوارث أو لمن له تنفيذ[1] الوصية الحق في إعلان الموصى له بإعلان رسمي مشتمل على بيان كاف عن الوصية ويطلب منه إظهار قبوله أو رده، فإذا فعل ذلك ومضى على علمه بهذا ثلاثون يوماً كامله غير المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرفض كتابة بدون عذر مقبول عد ذلك رفضاً للوصية كما جاء بالمادة الثانية والعشرين[2].

قبول البعض ورد البعض:

قبول الوصية وردها كما يكون في كل الموصى به يكون في بعضه، لأن مطابقة القبول للأيجاب ليست شرطاً في لزوم الوصية على الراجح عند الحنفية - كما سبق بيانه - ولأن اشتراط القبول لما كان لأجل مصلحة الموصى له. فقديري أن مصلحته في قبول البعض ورد البعض الآخر، فإذا فعل ذلك نفذت الوصية فيما قبله، وبطلت فيما رده.

وإذا تعدد الموصى لهم فقبل البعض ورد البعض لزمت الوصية في حق من قبل. وبطلت في حق من رد، لأن كل واحد أدرى بمصلحته فيقبل أو يرد حسبما يجد منفعته جاء ذلك بالمادة الثالثة والعشرين[3].

---

(١) المراد بمن له تنفيذ الوصية هو الوصي المختار فإن لم يوجد فهيئة التصرفات أو من تعينه لذلك «مادة - ٣٠ - الفقرة الثانية».

(٢) ونصها «لا يشترط في القبول ولا في الرد أن يكون فور الموت. ومع ذلك تبطل الوصية إذا أبلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له بإعلان رسمي مشتمل على بيان كاف عن الوصية. وطلب منه قبولها أو ردها ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوماً كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول.

(٣) ونصها «إذا قبل الموصى له بعض الوصية ورد البعض الآخر لزمت الوصية فيما قبل وبطلت فيما رد. وإذا قبلها بعض الموصي لهم وردها الباقون لزمت بالنسبة لمن قبلوا وبطلت بالنسبة لمن ردوا».

حقيقة القبول المطلوب

عرفنا فيما سبق أن الفقهاء تكاد تجمع كلمتهم على أن قبول الموصى له شرط للزوم الوصية في جانبه، أو لدخول الموصى به في ملكه، ومع هذا الاتفاق اختلفوا في حقيقة ذلك القبول على رأيين.

أحدهما ـ وهو ما ذهب إليه الحنفية ـ يوسع دائرته فيجعله عدم الرد أعم من أن يكون عملاً إيجابياً، سواء أكان قولا كقبلت الوصية، أم فعلاً يدل على الرضا كالتصرف في الموصى له وعدم رده.

وإنما اكتفوا بهذا القدر لأن القبول مشروط لدفع ضرر المنة وما يحتمل حدوثه من مؤن للعين الموصى بها من غير فائدة ترجى منها وهذا يتحقق بعدم الرد.

ولكن ينبغي ملاحظة أن السكوت وعدم الرد لا يعتبر قبولاً إلا إذا يئسنا من حصول الرد الصريح، وهذا لا يكون إلا بوفاة الموصى له. فما دام حياً لا نعتبر سكوته قبولاً حتى نرتب عليه ثبوت الملك له.

ثانيهما ـ وهو ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة ـ يقصره على العمل الايجابي من القبول بالقول أو بالفعل، ولا يكتفي فيه بعدم الرد لأن هذا هو المعهود في مثله من التصرفات.

وثمرة هذا الخلاف تظهر فيما إذا مات الموصى له قبل أن يصدر منه قبول إيجابي أو رد صريح فإنه على رأي الحنفية تلزم الوصية بموته وينتقل الملك في الموصى به إلى ورثته، ويكون ملكاً قهرياً لا يملكون إسقاطه أو رده لأن سبب الملك تم من جانب الموصى بموته، وبقي حق الرد للموصى له لحاجته إلى دفع

الضرر، وبموته انتهت هذه الحاجة فيبطل هذا الحق ويثبت الملك. كما إذا اشترى شيئاً وشرط لنفسه الخيار ثم مات في مدة الخيار قبل أن يصدر منه إجازة للعقد أو فسخ له فإنه يبطل حق الخيار ويتم الملك، فكذلك هذا[1].

وعلى الرأي الثاني لا تلزم الوصية ولا يثبت الملك للموصى له، ولا يبطل[2]

حقه في القبول أو الرد، بل ينتقل هذا الحق لورثته. فيتوقف ثبوت الملك لهم على قبولهم، فإذا قبل الوارث الوصية واحداً كان أو أكثر تم الملك، وإن رده بطل، وإذا قبل البعض ورد البعض تم في حق من قبل،

---

(١) هذا هو مقتضى الاستحسان عندهم، وأما القياس فيقتضي أن الورثة يحلون محله في القبول أو الرد كما يرى صاحب المبسوط في جـ٢٨ ص٤٨، أو يقتضي أحد أمرين إما هذا، أو بطلان الوصية كما يرى صاحب البدائع في جـ٧ ص٣٣٢، ويلاحظ أن صاحب المبسوط قيد المسألة بعدم علم الموصى له بالوصية، وصاحب البدائع لم يقيدها بذلك.

(٢) يقول ابن قدامة في المغنى جـ٦ ص٢٤: إن مذهب الحنابلة فيه رأيان، أحدهما موافق لرأي المالكية والشافعية، وثانيهما أن الوارث لا يقوم مقام الموصى له في حق القبول والرد بل تبطل الوصية. لأنه عقد يحتاج الى القبول وبموت من له القبول يبطل كالهبة.

فيتلخص من هذا أن الفقهاء لهم آراء فيما إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد.

١ - تبطل الوصية لأنها محتاجة إلى القبول ولم يتحقق.

٢ - أن الحق في القبول ينتقل الى ورثة الموصى له لأنه مشروط لدفع ما يحتمل من الضرر عن الموصى له فيلزم أن يثبت لورثته لقيام احتمال الضرر في حقهم أيضاً.

٣ - تتم الوصية وينتقل الملك إلى ورثته لأن الخيار في القبول والرد كان ثابتاً للموصى له بمقتضى عقد الوصية والخيار رغبة ومشيئة والرغبات لا تورث، والحق أن الخلاف هنا مبني على الخلاف في أن حق الخيار يورث أو لا؟

وبطل في نصيب من ورد، ومن لم يكن أهلاً للقبول أو الرد يقوم وليه مقامه.

أما عدم لزوم الوصية وعدم ثبوت الملك فلعدم تحقق الشرط وهو القبول وأما عدم بطلان حقه في القبول أو الرد فلأنه خيار، والخيار لا يبطل بموت صاحبه.

وأما ثبوت الحق للورثة فلأنهم يخلفون مورثهم فيما تركه من أموال وحقوق مالية، أو حقوق متعلقة بالمال، وهذا الحق منها.

وهذا الرأي أوجه من سابقه. لأننا ما دمنا قد أثبتنا الحق في القبول والرد للموصى له لدفع الضرر عنه، وهذا الضرر محتمل حدوثه للورثة، فلو ألزمناهم بالوصية لكنا قد فتحنا عليهم باباً يطل منه الضرر عليهم، فمن الخير لهم أن يبقى حقهم في الخيار، فمن يرى أن القبول في مصلحته قبلها، ومن يرى عكس ذلك ردها. وبهذا الرأي الثاني أخذ قانون الوصية في مادته الحادية والعشرين[1].

من له حق القبول والرد

حق قبول الوصية وردها يختلف ثبوته تبعاً لاختلاف الموصى له، لأنه قد يكون شخصاً أو أشخاصاً معينين، أو غير معينين وقد يكون جهة من الجهات.

والأشخاص المعينون فيهم كامل الأهلية وناقصها وفاقدها، وغير المعينين منهم من يكون منتمياً إلى جهة لها من يمثلها شرعاً أو قانوناً، ومنهم غير ذلك، وكذلك الجهة قد يكون لها ممثل، وقد لا يكون لها ذلك.

---

(١) ونصها «وإذا مات الموصى له قبل قبول الوصية وردها قام ورثته مقامه في ذلك».

ولا نزاع بين الفقهاء في أن حق القبول والرد يثبت للموصى له المعين واحداً كان أو أكثر متى كان كامل الأهلية لأنه صاحب الولاية على نفسه لا سلطان لأحد عليه.

كما اتفقوا على أنه يثبت للولي إذا كان الموصى له فاقد الأهلية كالمجنون والصبي غير المميز. لأن عبارته ملغاة لا اعتبار لها في نظر الشارع. ولم يخرج عن هذا الاتفاق إلا الوصية للجنين فإن الحنفية لم يشترطوا فيها قبولا، بل قالوا: إن الوصية له تلزم من غير قبول بمجرد موت الموصى، لأن الجنين عندهم لا تثبت عليه ولاية، فلا يكون له ولي يقبل عنه، وذهب بعض فقهاء الشافعية والحنابلة إلى أن الوصية له تحتاج إلى قبول، ويقبل عنه من تثبت له الولاية عليه بعد ولادته لأن وصيته لا تقرر إلا بعد ولادته حياً، وفي هذا الوقت يكون له ولي.

والقانون أخذ بهذا الرأي كما صرحت بذلك مادته المتممة[1] للعشرين لكنه لم يقيد قبول الولي بما بعد الولاية «لأنه افترض أن يكون للجنين ولي حيث إن القوانين[2] الأخرى تفرض له وصياً أو ولياً يحافظ على أمواله وحقوقه، فللولي

---

(١) وفيها «فإذا كان الموصى له جنينا أو قاصراً أو محجوراً عليه يكون قبول الوصية أو ردها ممن له ولاية على ماله بعد إذن المجلس الحسبي».

(٢) حين صدور قانون الوصية عام ١٩٤٦ كان قانون المجالس الحسبية الصادر في ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ قائماً معمولاً به، وهذا القانون أجاز تعيين وصي للحمل المستكن، وعلل ذلك بأن عدم تعيين وصي فيه ضرر بمصلحته لما يترتب عليه من ترك أمواله بلا حصر وإيجار وقبض وغير ذلك من الأمور الوقتية التي تقتضي السرعة. وقانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ وإن كان ألغى قانون المجالس الحسبية - والقوانين المعدلة له إلا أنه أبقى حكم تعيين وصي للحمل كما جاء في المادتين ١٤، ١٥ منه وكذلك المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال مع أنه ألغى العمل بالكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية المتضمن للمادتين ١٤: ١٥ المشار إليهما إلا أنه نص على إبقاء حكم تعيين =

أن يقبل أو يرد قبل ولادة الجنين بعد إذن المجلس الحسبي « المحكمة الحسبية »، فإذا ولد حياً ثبت الملك له مستنداً إلى وقت وفاة الموصى، وإلا رد إلى الورثة بنسبة أنصبائهم.

وإذا كان الموصى له المعين ناقص الأهلية كالصبي المميز أو محجوراً عليه بسبب الغفلة أو السفه، فالحنفية يسيرون مع قاعدتهم في التصرفات الناقعة نفعاً محضاً وهي أنها تكون صحيحة نافذة فيقررون أن قبول الوصية يكون من هؤلاء لأنها من التصرفات النافعة نفعاً محضاً، فإذا قبلها نفذت من غير توقف على إجازة الولي، ولكنهم لا يملكون ردها لأن ردّ الوصية ضرر، ولذلك لا يملكه الولي.

وأما الحنابلة فيجعلون قبول الوصية وردها في هذه الحالة للولي بشرط أن يكون ما يختاره هو أصلح الأمرين بالنسبة للمولى عليه، فإن فعل غير الأصلح بأن قبل ما ليس للموصى له فيه مصلحة، أو رد ماله فيه منفعة لم يعتبر عمله هذا وصار كأن لم يكن.

والقانون جعل الحق للأولياء استناداً لمذهب الحنابلة، ولكنه لم يقيد هذا الحق بما قيده به الحنابلة بل قيده بحصول الإذن من الجهة صاحبة الرقابة على أموال القاصرين. وهي المجلس الحسبي حينذاك والمحكمة الحسبية بعد ذلك ثم دائرة الولاية الآن، ولعل تقييد القانون بهذا يجعل التفويض المطلق للولي مقيداً بالأنفع، لأن المحكمة الحسبية باعتبار وضعها لرعاية حقوق القاصرين لا تأذن الا بما فيه مصلحتهم[1].

= وصي للحمل في مادتي ٢٨، ٢٩ ونص في الأخيرة على أنه يبقى وصي الحمل وصياً على المولود ما لم تعين المحكمة غيره.

(١) ومما ينبغي ملاحظته هنا أن المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال الذي صدر بعد قانون الوصية بسنوات قيد حكم استئذان المحكمة بحالة ما إذا =

وإذا كانت الوصية لغير المعينين وهم الذين لا يحصون. كطلبة العلم. وفقراء هذه المدينة. أو مشوهي الحرب. أو من فقدوا عائلهم في كارثة من الكوارث.

أو كانت لجهة من الجهات: كمؤسسة علمية أو مسجد أو مبرة أو ملجأ مثلا فإن بعض الفقهاء يذهب إلى أن الوصية في هاتين الصورتين لا تحتاج إلى قبول، بل تلزم بمجرد موت الموصى، لأن القبول ممن لا يحصون متعذر، ولا يتعين واحد منهم للقبول فسقط اعتباره فلم يتوقف ملكهم على القبول، بل

= كانت الوصية محلة بالتزامات أو مشروطة بشرط.

فمادته الثانية عشرة تنص على أنه «لا يجوز للولي ان يقبل هبة أو وصية للصغير محلة بالتزامات معينة إلا بإذن المحكمة. ومفهومها أنها إذا لم تكن كذلك لا تحتاج إلى إذن المحكمة.

والمادة التاسعة والثلاثون منه تمنع الوصي من مباشرة تصرفات عديدة إلا بإذن المحكمة. منها قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها.

وإذا كان هذا القانون المتأخر قيد ما أطلق في قانون الوصية فهل يبقى الاطلاق ملاحظاً في قانون الوصية كما كان أو يتقيد الحكم فيه بما قيد به القانون الأخير، ويكون استئذان الوصي للمحكمة فيما إذا كانت الوصية محلة بالتزامات أومشروطة بشرط فقط؟

وجوابنا على هذا السؤال: أن التشريع المتأخر دائماً يكون ناسخاً لما يخالفه من التشريعات السابقة، والمشرع في كثير من الأحيان ينص على ما يلغي من الأحكام السابقة تفصيلاً، كأن يقول: تلغى مادة كذا وكذا من قانون كذا، وفي بعضها ينص على الإلغاء إجمالاً، كأن يقول: يلغى كل ما كان مخالفاً لهذا القانون.

وفي هذا القانون نص مرسوم إصداره على الأمرين معاً... فمادته الثانية تقول: يلغى الكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية الصادر بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧، وكذلك يلغى كل ما كان مخالفاً للأحكام المقررة في النصوص المرافقة لهذا القانون.. وعلى هذا يكون الإطلاق في قانون الوصية قد ألغى العمل به من تاريخ العمل بهذا القانون، وهو تاريخ نشره في الجريدة الرسمية في ١٣ ذي القعدة سنة ١٣٧١ - ٤ أغسطس سنة ١٩٥٢، ويكون الاستئذان في حالةالوصية المحملة بالتزامات أو مشروطة بشرط.

يتوقف على القبض من كل واحد منهم، وكذلك الجهة لا يتصور منها قبول فسقط اعتباره.

ولكن فقهاء الشافعية يفصلون في المسألة، فيقولون إن كان من لا يحصون[1] ينتمون إلى جهة لها من يمثلها ويتكلم باسمها كطلبة الأزهر أو الجامعة، أو كانت الجهة لها من يمثلها كمسجد لها ناظر مثلاً، فإن الوصية لا تتم إلا بقبول تلك الجهة في شخص من يمثلها.

وإن لم يكن كذلك سقط اعتبار القبول، ولزمت الوصية بموت الموصي.

وبهذا التفصيل أخذ القانون كما جاء في الفقرة الثانية من المادة العشرين « ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانوناً، فإن لم يكن لها من يمثلها لزمت الوصية بدون توقف».

وصرحت مذكرته التفسيرية بأن هذا هو المتفق مع قواعد الشريعة العامة وما ذهب إليه الإمامية من الشيعة.

وقت ثبوت الملكية للموصى له

إذا حدد الموصى وقتاً لثبوت الملكية للموصى له. كأن يقول: هذه الدار وصية لفلان بعد موتي بسنة، وقبل الموصى له الوصية بعد وفاة الموصى فإن ملكه لا يثبت إلا من الوقت المحدد في الوصية باتفاق الفقهاء سواء قبلها عند ذلك الوقت أو قبله بعد الوفاة، كما اتفقوا على أن الملك يثبت عقب موت

---

(١) اختلف الفقهاء في الفصل بين من يحصون ومن لا يحصون على أقوال كثيرة منها أن ذلك مفوض إلى رأي القاضي. وقيل إن مالا يحصون هم الذين لا يستطاع حصرهم إلا بمشقة، وقيل غير ذلك، وأسلم هذه الآراء الذي سارت عليه المحاكم رأى محمد بن الحسن وهو أن ما لا يحصون من بلغوا مائة، فإذا كانوا أقل من ذلك فهم يحصون.

الموصى إذا لم يكن هناك فاصل بين الموت وقبول الموصى له بأن قبل عقب الوفاة مباشرة .

واختلفوا فيما إذا لم يحدد الموصى وقتاً تبدأ منه الوصية وتأخر القبول عن وقت الوفاة . .

فالحنفية والشافعية في أصح أقوالهم ، والمالكية في المشهور عندهم يذهبون إلى أن الملكية تثبت بالقبول مستندة إلى وقت الموت وهو قول للحنابلة ، لأن سبب الملكية هو الوصية ، والقبول شرط فقط .

وإذا كانت الوصية بحقيقتها تفيد الملك مضافاً إلى ما بعد الموت فتنفيذها يكون عقب الموت ، والقبول ورد على الوصية بهذا الوضع ، فيثبت الملك من وقت الوفاة ، ولولا كون القبول شرطاً لثبوت الملك لثبت بمجرد الموت ، وهذا نظير البيع بشرط الخيار ، فإن الملك فيه يثبت بإجازته مستنداً إلى وقت إنشاء العقد .

وذهب بعض فقهاء المالكية وبعض الشافعية والحنابلة في أصح أقوالهم[1] إلى أن الملك يثبت من وقت القبول فقط ، لأن القبول لا يخلو من أن يكون شرطاً أو جزءاً من السبب ، والحكم وهو الملك لا يتقدم على سببه ولا على شرطه ، كما في العقود الأخرى .

وعلى هذا الرأي يكون الملك في المدة ما بين الوفاة والقبول لورثة الموصى

---

(١) جاء في المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٢٥ . فإن قبل ثبت الملك له من حين القبول في الصحيح من المذهب وهو قول مالك وأهل العراق وروي عن الشافعي .

وذكر أبو الخطاب في المسألة وجهاً آخر: إنه إذا قبل تبينا أن الملك ثبت حين موت الموصي وهو الظاهر من مذهب الشافعي ، وللمالكية رأي آخر يوافق ما ذهب اليه الحنفية والشافعي من أن الملكية تثبت مستندة إلى وقت الوفاة .

فتكون زوائد الموصى به ونماؤه لهم، لأنه نماء ملكهم، ويقابل هذا النفع أن تكون جميع النفقات اللازمة للموصى به عليهم، لأن الغرم بالغنم.

وعلى الرأي الأول تكون الزوائد والنماء ملكاً للموصى له. ولكن أصحاب هذا الرأي مع اتفاقهم على هذا القدر مختلفون في سبب ملكية الزوائد ألأنها نماء ملكه وثمرته، أم لأنها موصى بها تبعاً للموصى به الأصلي[1]؟ بالأول قال الشافعية، وبالثاني يقول الحنفية، وبناء على هذا الخلاف لا تدخل تلك الزوائد في تقدير الوصية على الرأي الأول. بمعنى أن الموصى به الأصلي إن خرج من ثلث التركة نفذت الوصية بدون توقف على إجازة الورثة وتدخل في تقديرها على الرأي الثاني حيث تضم الزوائد إلى العين الموصى بها عند التقدير، فإن خرج

---

(١) مرد هذا الخلاف إلى الخلاف في الملك في فترةالتوقف. أهو باق على حكم ملك الموصي، أم أن الملكية متوقفة حتى يتقرر أمر الوصية؟.

فالحنفية يذهبون إلى أن المال الموصي به باق على حكم ملك الموصي لأن ذمته تبقى مؤقتاً حتى تسدد ديونه وتنفذ وصاياه لحاجته إلى ذلك فتكون الزيادة حادثة على ملكه فتتبع الوصية الأصلية فتدخل في تقديرها: يقول صاحب المبسوط في جـ ٢٩ ص ١٣: التركة بعد الموت قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت، فالزيادة بها تحل على حكم ملكه أيضاً ويكون حصولها قبل الموت وحصولها بعد الموت سواء الخ عبارته.

ويقول ابن قدامة في المغنى جـ ٦ ص ٢٦: «وقولهم لا يبقى له ملك ممنوع، فإنه يبقى ملكه فيما يحتاج إليه من مؤنة تجهيزه ودفنه وقضاء ديونه، ويجوز أن يتجدد له ملك فيما إذا نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته بحيث تقضي منه ديونه وتنفذ وصاياه ويجهز إن كان قبل تجهيزه، فهذا يبقى على ملكه لتعذر انتقاله إلى الوارث من أجل الوصية وامتناع انتقاله إلى الموصى له قبل تمام السبب».

قال ذلك بصدد توجيه الرأي القائل إن الملك يثبت في الموصي به للموصى له من حين القبول.

والشافعية يقولون: إن ملك الموصي انتهى بوفاته، والملك في الموصي به متردد بين أن يكون للورثة أو للموصى له حتى يبت في أمر الوصية. فإذا ما قبلها الموصى له تبين أن النماء كان نماء ملكه فلا يدخل في الوصية لا أصلاً ولا تبعاً.

المجموع من الثلث نفذت الوصية بدون توقف، وإن زاد عنه توقف النفاذ في الزائد على إجازة الورثة.

والقانون أخذ برأي الحنفية في أن ملك الموصى له يثبت حين القبول مستنداً إلى وقت الموت ما لم يحدد الموصى وقتاً معيناً لثبوت الاستحقاق، وقرر أن تكون نفقات الموصى به في المدة بين الوفاة والقبول على الموصى له وهذا أمر معقول وواضح، لأن الموصى قصد تمليك الموصى له عقب الوفاة مباشرة، لأنه لو كان يريد وقتاً معيناً لعينه، فإثباتنا الملك من حين القبول مستنداً إلى وقت وفاة الموصى تحقيق لغرض الموصى من الوصية، ومراعاة لجانب الموصى له حيث جعلنا الثبوت موقوفاً على قبوله حتى لا نكون قد ألزمناه بما قد يتضرر منه.

ثم أخذ برأي الشافعية في عدم اعتبار الزوائد في تقدير الوصية، وأنها تكون ملكاً خالصاً للموصى له متى تحقق منه القبول، وهذا واضح لأنه لا يكون إلا في حالة الوصية بعين ذاتها، والموصى قد قصد بذلك تمليكها له عقب الموت، وما دمنا قد رجحنا ثبوت الملك إلى وقت الموت فيظهر لنا عند القبول أن الملك كان ثابتاً في هذه العين للموصى له، ومن ملك شيئاً ملكاً تاماً ملك نماءه وزوائده.

جاء كل ذلك في المادة الخامسة والعشرين[1].

بقيت مسألة أخيرة تتعلق بهذا الموضوع عرض لها القانون في مادته الرابعة

---

(١) ونصها «إذا كان الموصى له موجوداً عند موت الموصي استحق الموصي به من حين الموت ما لم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق في وقت معين بعد الموت، وتكون زوائد الموصي به من حين الملك إلى القبول للموصي له، ولا تعتبر وصية، وعلى الموصي له نفقة الموصي به في تلك المدة».

والعشرين، وهي رد الوصية بعد قبولها الصحيح، وقد اختلفت فيها آراء الفقهاء.

فالحنفية يقولون: إذا قبل الموصى له الوصية بعد وفاة الموصي ثم عاد وردها فإنه يقبل منه هذا الرد متى قبله الورثة كلهم أو واحد منهم، لا فرق بين أن يكون ذلك الرد قبل القبض أو بعده، ولا بين ما إذا كان الموصى به مالا مثلياً أو قيمياً فالشرط عندهم هو قبول الورثة له.

وعلل ذلك السرخسي في مبسوطه[1] بأحد أمرين:

أولهما: أن الرد عليهم فسخ للوصية، وهم قائمون مقام الميت، وأحد الورثة يقوم مقامهم.

ثانيهما: أن هذا الرد فسخ لقبوله وهو ينفرد بفسخ القبول في حق نفسه، وإنما لا يثبت في حق الورثة إذا أبوا ذلك دفعاً للضرر عنهم وعن مورثهم، فإذا رضوا بذلك أو رضي به أحدهم وهو قائم مقامهم في فسخ القبول منهم صار كأنه رده قبل أن يقبل فيكون ميراثاً للورثة[2]

---

(١) جـ ٢٨ ص ٤٩.

(٢) وفي رأيي أننا لو عللنا مذهب الحنفية بأن هذا الرد يعتبر كالهبة المبتدأة من الموصى له موجهة إلى ورثة الموصي لتعذر توجيهها إلى الموصي نفسه حيث إن الملك ثبت له بالقبول. فالرد بعده لا يكون إسقاطاً للملكية التامة لبطلان السائبة، بل يكون نقلا لها ولا يصلح نقلا لغير الورثة حيث لم يعين شخصاً، فيشترط قبولهم. لو عللناه بذلك لكان أحسن.

ولا يقال: إنه إذا قبل أحد الورثة يثبت الملك له وحده لأنه القابل. لا يقال ذلك لأن شبهة الرد على الموصي لا زالت قائمة فيكون القابل نائباً عن الورثة كلهم فيعود الملك لهم كالميراث.

ثم عرض السرخسي لما إذا كان الرد على بعض الورثة دون البعض فقال: إن هذا باطل قياساً، لأن هذا تمليك منه لمن ردها عليه فيكون التملك بلفظ الهبة والإعطاء ولكنا نستحسن فنجعل ذلك كالرد على جماعتهم وكان بينهم على فرائض الله تعالى لأن أصل العقد كان بينه وبين الموصى والرد فسخ لذلك العقد فكما يجوز بينه وبين الموصي يجوز بين الورثة وبين الموصى=

ولغير الحنفية تفصيل خلاصته كما جاء في كتاب المغنى[1].

إن الرد إما أن يكون بعد القبول والقبض معاً أو يكون بعد القبول وقبل القبض، فإن كان بعدهما فلا يصح إلا على أنه هبة مبتدأة. إن قبلها الورثة وقبضوها تمت ولزمت باتفاق الحنابلة والشافعية، لأن المال الموصى به أصبح بعد القبول والقبض مملوكاً ملكاً مستقراً كسائر أملاكه فلا يخرج عن ملكه إلا بسبب ناقل للملكية كالهبة، فيراعى في ذلك شروط الهبة.

وإن كان قبل القبض ففي رأي للشافعية أنه يأخذ حكم الرد بعد القبض لثبوت الملك المستقر فيهما.

وفي رأي آخر تفصيل بين ما إذا كان الموصى به مكيلا أو موزوناً فيصح الرد، لأن الملك فيه لا يستقر إلا بالقبض فأشبه الرد قبل القبول. وبين ما إذا كان غير ذلك كالمال القيمي فإنه لا يصح الرد، لأن الملك قد استقر وصار كالمقبوض، لأنه معين بذاته فلا يتوقف على القبض.

والقانون أخذ بمذهب الحنفية كما جاء في فقرة من المادة الرابعة والعشرين ونصها.

« وإذا ردها كلها أو بعضها بعد الموت والقبول وقبل منه ذلك أحد الورثة انفسخت الوصية، وإن لم يقبل منه ذلك أحد منهم بطل رده.

= له أيضاً، وأحد الورثة يقوم مقام الورثة في حقوقهم كجماعتهم فكان الرد على أحد بمنزلة الرد عليهم.

(١) جـ ٦ ص ٢٢.

الباب الثاني
في
شروط الوصية وأنواعها

وفيه فصلان

الفصل الأول
في الشروط

يشترط للوصية شروط كثيرة منها شروط لصحتها وأخرى لنفاذها، وهي موزعة على الأمور الأساسية الأربعة التي لا توجد الوصية إلا بها، وهي الصيغة، والموصى، والموصى له، والموصى به.

يقول صاحب البدائع[1] «وأما شرائط الركن» فبعضها يرجع إلى الموصى، وبعضها يرجع إلى الموصى له، وبعضها يرجع إلى الموصى به، وأما الذي يرجع إلى نفس الركن فهو أن يكون القبول موافقاً للايجاب، فإن خالف الإيجاب لم يصح القبول لأنه إذا خالفه لم يرتبط فبقي الإيجاب بلا قبول[2]»

وإذا تنوعت الشروط إلى هذه الأنواع احتاج كل واحد منها إلى مبحث خاص فانقسم هذا الفصل إلى مباحث أربعة.

---

(١) جـ ٧ ص ٣٣٤.

(٢) بينا فيما سبق أن اشتراطه هذا مبني على ما اختاره في الركن من أنه مجموع الإيجاب والقبول.

المبحث الأول
في
شروط الصيغة وحكم الشروط المقترنة بها

قدمنا أن صيغة التصرف هي المعبرة عن إرادة المتصرف، وبها يوجد التصرف في الخارج ولولاها ما وجد، وهذه الصيغة تصدر على أشكال مختلفة حسب اختلاف طبيعة العقود والتصرفات وما قرره لها الشارع من أحكام.

فتارة تكون منجزة، وأخرى معلقة: أو مضافة، وكل منها قد يكون مقيداً بشرط أو مطلقاً عن القيود.

فالصيغة المنجزة: هي مادلت على وجود التصرف، ووجود حكمه في الحال.

والمضافة: هي ما أفادت وجود العقد في الحال، وتخلف حكمه إلى زمن مستقبل.

والمعلقة: وهي ما دلت على وجود التصرف مرتباً على وجود شيء آخر سيوجد في المستقبل فهي تفيد تعليق وجوده على وجود شيء آخر بأداة من أدوات الشرط مثل: إن، وإذا، ومتى ما، وكلما.

والأصل في صيغ التصرفات أن تكون منجزة ولم يخرج عن هذا الأصل إلا الوصية والإيصاء فان طبيعتهما تأبى التنجيز، فالوصية لا تكون إلا مضافة لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، ولا يوجد مانع يمنع من تعليقها على الشرط ما دامت لا تفيد التمليك إلا بعد الموت[1].

---

(١) والمادة الرابعة من القانون تشير إلى ذلك « تصح الوصية المضافة أو المعلقة بالشرط أو المقترنة به».

فيصح أن تكون مطلقة عن التعليق . كأن يقول جعلت هذه الأرض لفلان بعد موتي ، كما يصح أن تكون معلقة على شرط . كأن يقول : إن ملكت هذه الدار فقد جعلتها مأوى للغرباء بعد وفاتي ، أو إن رجعت سالماً من سفري فأرضي هذه وصية لفلان .

والوصية بعد هذا قد تكون مطلقة عن التقييد بالشرط . وقد تكون مقترنة به .

والفرق بين تعليقها على الشرط واقترانها به : أن التعليق هو ترتيب وجود الوصية على وجود الشرط ، فالصيغة المعلقة لا تنشىء الوصية في الحال ، ولكن بعد تحقق الشرط .

وأما الاقتران بالشرط فهو تقييد الصيغة المنشئة للوصية بشرط يظهر أثره في أحكامها فقط ، فالوصية موجودة مع الاقتران ، غير موجودة مع التعليق .

ثم إن الشروط المقترنة بالوصية منها ما هو معتبر في نظر الشارع ، ومنها ما هو ملغى لا اعتبار له ، والفقهاء جميعاً ساروا على هذا الأصل . وهو أن من الشروط شروطاً صحيحة ، وأخرى غير صحيحة ، وإن[1] اختلفوا في تحديد دائرة كل نوع .

---

(١) للفقهاء في مسألة الشروط المقترنة بالعقود آراء ثلاثة . رأي يجعل الأصل فيها الحظر فلا يبيح منها إلا ما ورد به نص خاص ، وهم الظاهرية ، ورأي آخر يقابله فيجعل الأصل فيها الإباحة فلا يمنع منها إلا ما وردَ النهي عنه بخصوصه أو كان مخالفاً لمقتضى العقد . وهم الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وابن القيم ، ورأي ثالث يتوسط فيجعل الأصل . فيها الحظر لكنه يستثني أنواعاً يصححها . وهي ما كان موافقاً لمقتضى العقد أو مؤكداً له أو ما ورد به نص أو جرى به عرف وهم الحنفية ، ويقرب منهم المالكية والشافعية . كما شرحنا ذلك في كتابنا المدخل للتعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ص ٤٧٥ وما بعدها الطبعة الأخيرة ، ومع أن هذا هو الاصل العام عند الفقهاء في الشروط المأخوذ من تفريعاتهم إلا أننا نجد بعضهم قد خالفه في الوقف والوصية . =

وعلى سنن الفقهاء سار **قانون الوصية** في تقسيم الشروط المقترنة بها فقسمها إلى قسمين: صحيحة وباطلة، وأوجب الوفاء بالنوع الأول ما دام العمل به محققاً للغرض الذي من أجله اشترط، وألغى الشرط غير الصحيح، والشرط الذي أصبح لا يحقق المصلحة المقصودة منه، ولكنه ضيق دائرة الشرط الصحيح بما وضعه فيه من قيود بينما وسع في دائرة الشرط الباطل متعدياً بذلك حدود مذهب الحنفية الذي كان معمولاً به قبل صدوره.

فعرف الشرط الصحيح بما **كان فيه مصلحة للموصى أو الموصى له أو غيرهما** ولم يكن منهياً عنه ولا منافياً لمقاصد الشريعة:

والباطل ما عدا ذلك وهو ما كان منهياً عنه أو منافياً لمقاصد الشريعة أو لم يكن فيه مصلحة لأحد. فالشرط الذي فيه مصلحة للموصى مثل ماذا أوصى بوصايا وشرط في تنفيذها أن يبدأ بوصاياه بالحقوق التي عليه ولم يؤدها.

= فالحنفية بينما يعرفون الشرط الباطل في قاعدتهم السابقة: بأنه ما كان مخالفاً لمقتضى العقد ولم يرد به شرع ولا جرى به عرف ولم يكن فيه مصلحة لأحد ويحكمون عليه بالإلغاء وحده وعدم تأثيره في العقد المقترن به إذ بهم يطلقونه في باب الوقف ويقصدون منه: أنه ما كان مخلا بأصل الوقف أو منافلياً لحكمه. ويجعلونه مؤثراً في الوقف فيبطله ما عدا وقف المسجد على الرأي الراجح، وكذلك الوصية أرادوا به ما كان ـ مخالفاً لمقتضى العقد كما يؤخذ من فروعهم، وهذا يدلنا على أن الوقف والوصية لها اعتبار خاص من جهة أثر الشروط. فقد توسعوا في الشرط الصحيح فيهما نظراً للغرض من تشريعهما وهو بر المحتاجين وتدارك ما فاته من عمل الخير..

وكذلك الإمامان: ابن تيمية وتلميذه ابن القيم نجدهما في قاعدة الشروط العامة فتحا باب الشروط على مصراعيه. وصححا كل شرط ما لم يرد بخصوصه نهي خاص أو كان مناقضاً لمقتضى العقد، وفي الوقف والوصية ضيقاً دائرة الشروط الصحيحة لتتسع دائرة الشروط الباطلة لمنع الناس مما استرسلوا فيه من نفننهم في الاكثار من الشروط المانعة والمحرمة، فعرفا الشرط الباطل، بأنه ما نهى عنه أو كان مخالفاً لمقتضى العقد أو مقاصد الشرع فكلمة مقاصد الشرع كلمة واسعة المدلول ألغت كثيراً من شروط الموصين والواقفين كشرط عدم التزوج أو التزوج بواحدة معينة في بقاء الاستحقاق.

ومثال الشرط الذي يكون فيه مصلحة للموصى له... اشتراط أن يكون للأرض الموصى بها حقوق الارتفاق على أرض أخرى، أو أن يشترط تسديد ديون الموصى له من المرتب الموصى به أولا ثم يسلم إليه الباقي، أو أن تكون تكاليف نقل المليكية من تركة الموصى.

ومثال الشرط الذي يكون فيه مصلحة لغيرهما اشتراط تسديد دين الموصى له من مرتبه أولا، فإنه فيه مصلحة للدائنين، ومثل ما إذا أوصى بمنفعة دار لجهة من جهات البر على أن من لا يجد مسكناً من ذريته في هذه البلدة يكون له الحق في سكنها إن كان بها متسع..

ومثال الشرط المنهى عنه أن يوصي لفلان بمال بشرط بقائه على ما هو عليه من المنكرات. أو يوصي لولده بشرط أن يقاطع والدته.

ومثال الشرط المنافي لمقاصد الشريعة أن يوصي لزوجته بمال بشرط ألا تتزوج بعده.

ويؤخذ من هذا أن صحة الشرط في نظر القانون تدور مع وجود المصلحة المشروعة فيه لأحد طرفي العقد أو غيرهما.. فالشرط الخالي عن المصلحة عبث لا فائدة فيه فيكون باطلاً، والشرط الذي يتحقق به مصلحة في وقت من الأوقاف ويخلو عنها في وقت آخر يكون صحيحاً واجب الوفاء به في وقت ثبوت المصلحة، وباطلاً في وقت خلوه عنها، والشرط المنهي عنه أو المنافي لمقاصد الشارع لا توجد فيه مصلحة مشروعية فيكون باطلاً. وهذا ما قرره القانون في مادته الرابعة[1].

---

(١) ونصها «مع مراعاة أحكام المادة الثالثة تصح الوصية المضافة إلى المستقبل أو المعلقة بالشرط أو المقترنة به، وإن كان الشرط صحيحاً وجبت مراعاته ما دامت المصلحة فيه قائمة ولا يراعي الشرط إن كان غير صحيح أو زالت المصلحة المقصودة منه، والشرط الصحيح هو ما =

ثم إن الشرط الباطل لا يؤثر في نفس الوصية فيلغى وحده وتبقى هي صحيحة وقد يؤثر فيها بالبطلان.

والحد الفاصل في ذلك، هو أن الشرط إذا جعل الوصية متمحضة للمعصية ولا يمكن صرفها لغير ذلك بطل الشرط والوصية معاً، كما إذا أوصى لفاجر على أن يبقى على فجوره، فإن هذا الشرط كشف عن غرضه من الوصية وهو إعانته على الفجور، ولا يمكن صرف الوصية لشيء آخر.

وأما إذا لم يجعلها كذلك يبطل الشرط وحده وتبقى الوصية صحيحة. كما إذا أوصى لزوجته بشرط أن تبقى من غير زواج بعده، فإن اشتراط عدم التزويج لا يمحض الوصية للمعصية.

وعلى ذلك يمكننا أن نقول إنه يشترط في الصيغة لصحة الوصية ألا تكون مقترنة بشرط باطل يجعلها متمحضة للمعصية بعد أن تكون واضحة الدلالة على ما أريد بها.

ومما ينبغي ملاحظته أن القانون أخذ أحكام المادة السابقة من مذهب الحنفية وبما ذهب إليه ابن تيمية وتلميذه كما أشارت إليه مذكرته التفسرية حيث قالت: إن الشرط الباطل عند الحنفية ما كان مخالفاً لمقتضى العقد كما إذا أوصى بأرض على أن يستغلها على وجه معين، أو أن تكون من بعده لشخص غير ورثة الموصى له، وعند ابن تيمية وابن القيم. هو ما كان مخالفاً لمقتضى العقد أو لمقاصد الشارع كما إذا أوصى لامرأة بشرط ألا تتزوج وما شاكل ذلك.

= كان فيه مصلحة للموصي أو الموصى له أو لغيرهما ولم يكن منهياً عنه ولا منافياً لمقاصد الشريعة.

المبحث الثاني
في
شروط الموصى

شرط الفقهاء في الموصى شروطاً لصحة الوصية وأخرى لنفاذها، اتفقوا على بعضها واختلفوا في بعضها الآخر:

والقانون وإن كان مستمداً من أقوالهم إلا أنه خالفهم في بعض ما شرطه ليتسق مع القوانين الأخرى.

العقل والتمييز: الفقهاء جميعا متفقون على أنه يشترط في الموصى لتصح وصيته أن يكون عاقلاً مميزاً فإذا انعدم العقل والتمييز فلا وصية، وعلى هذا لا تصح وصية المجنون ومن في حكمه من المعاتيه، والصبي قبل السابعة لأن عبارة هؤلاء ملغاة في نظر الشارع فلا ينعقد بها عقد ولا ينشا بها تصرف ولا التزام لانعدام القصد الذي هو أساس الإرادة الظاهرة:

وكما لا تصح منهم لا تصح ممن لهم ولاية عليهم، لأن الوصية تبرع لا يعود عليهم منها منفعة لا في الحال ولا في المآل لعدم تكليفهم بشيء من الطاعات فلا ثواب ولا عقاب.

الجنون الطارىء على الوصية:

إذا جن الموصى بعد إنشاء وصيته فإن هذا الجنون يؤثر في الوصية عند بعض الفقهاء ولا يؤثر فيها عند الآخرين.

فالمالكية يذهبون إلى أن الجنون الطارىء لا يؤثر في الوصية سواء أكان مطبقاً أو غير مطبق اتصل به الموت أو لا، لأن العبرة بصدورها صحيحة ممن

هو أهل لها، فإذا زالت أهليته لا تبطل وصيته كما لا تبطل تصرفاته الأخرى من بيع وإجارة ووقف وغير ذلك.

والحنفية يفرقون بين الجنون المطبق وهـو مـا يستمـر شهراً - على الرأي الراجح عندهم - وبين الجنون غير المطبق وهو ما دون ذلـك، فيجعلـون الأول مؤثراً في الوصية بالإبطال، لأنها تصرف غير لازم في حياة الموصى يجوز له الرجوع عنها في أي وقت شاء **وهذا النوع يحتاج لبقائه صحيحاً بقاء إرادته،** والجنون المطبق يزيل الإرادة،لا فرق في ذلك بين المتصل بالموت وغير المتصل به الذي تخلل بينه وبين الموت فترة إفاقة، لأنه إذا أفاق ولم يجدد وصيته السابقة بعد أن بطلت بهذا العارض، ثم أدركه الموت لم يكن حين موته مصراً على وصيته وهو الشرط لبقائها صحيحة،أما الجنون غير المطبق فهو بمنزلة الإغماء لا يؤثر في تصرفاته ما لم يوجد منه ما يدل على رجوعه عنها.

والقانون: وإن اعتبر وصية المجنون وفاقدي الأهلية باطلة من أول الأمر إلا أنه **في الجنون الطارىء سلك مسلكاً وسطاً** بين المذهبين السابقين فلا هو ألغى تأثيره في جميع الحالات كما يرى المالكية، ولا تغالى في اعتبار تأثيره كما يذهب الحنفية، بل جعل المؤثر بالإبطال هو الجنون المطبق الذي اتصل به الموت وما عداه من غير المطبق، والمطبق الذي لم يتصل به الموت لا أثر له فيها.

أما غير المطبق فلأنه لا يؤثر في الأهلية، وما دامت الأهلية موجودة حتى الموت ولم يرجع الموصى عن وصيته يكون قد مات مصراً عليها.

وأما المطبق الذي لم يتصل بالموت فقد وجدت للموصى فترة إفاقة يستطيع الرجوع فيها عن وصيته لو كان يرغب في ذلك، فإذا مات من غير رجوع اعتبرت وصيته السابقة قائمة إبقاء لما كان على ما كان بالاستصحاب، ولتوفر

شرط الإصرار عليها حتى الموت، وأما بطلانها بالمطبق المتصل بالموت فواضح لأنه يشترط لبقاء الوصية ولزومها في حق الموصى أن يموت مصراً عليها، وهذا الإصرار لا يتحقق إلا ببقاء أهليته كاملة حتى الموت، فإذا فقدت أهليته بهذا النوع من الجنون انتفى شرط الإضرار عليها إلى الموت، لأنه لا إصرار مع عدم الإرادة فتكون الوصية كأن لم تكن جاء. ذلك صريحاً في الفقرة الأولى من المادة الرابعة عشرة[1].

البلوغ: بينما نجد أن الفقهاء تكاد تجمع كلمتهم على أن أصل التمييز «العقل» شرط لصحة الوصية إذ بنا نجدهم مختلفين في اشتراط البلوغ، فمنهم من جعله شرطاً لا تصح بدونه، ومنهم من لم يشترطه.

ويظهر هذا الاختلاف في صحة وصية الصبي المميز. وهو من بلغ السابعة من عمره ولم يكن به آفة تمنع تمييزه إلى حين يبلغ بالعلامات أو بالسن إذا تأخر ظهور العلامات.

وهذا الاختلاف يرجع إلى أمرين. أولا - هل هذه الوصية يلحق الصبي منها ضرر في ماله أو لا؟ حيث اتفق الجميع على أنه ممنوع من التصرفات التي تضره في نفسه أو في ماله، كما اتفقوا على أن وليه ممنوع من تصرف كذلك، **وثانياً**: هل صح عن الصحابة إجازة مثل هذه الوصية أو لم يصح شيء من ذلك؟

فمن صح عنده أثر في جوازها ورأى أنه لا ضرر فيها صححها. ومن لم يصح عنده شيء من تلك الآثار منعها، تطبيقاً للقاعدة العامة في تبرعات الصبي، أو أول الأثر لمخالفته للقاعدة.

---

(١) ونصها «تبطل الوصية» بجنون الموصي جنوناً مطبقاً إذا اتصل بالموت».

فالحنفية يشترطون البلوغ فيبطلون وصية الصبي المميز مطلقاً لأنها تبرع، وهو ممنوع من سائر التبرعات لما فيها من الضرر المحض حتى ولو أذن له وليه في إنشائها، أو أجازها بعد صدورها منه، وحكم البطلان عندهم عام شامل سواء مات قبل البلوغ أو مات بعده من غير أن يصدر منه إنشاء جديد لها.

ويوافقهم في ذلك الشافعية في القول المعتمد عندهم. لأن عبارة الصبي في نظرهم لا اعتبار لها في التصرفات، ولا فائدة تعود عليه من الوصية حيث إنها شرعت لجبر ما فات الإنسان في حياته من عمل الخير، والصبي في مقتبل العمر لم يفته شيء مما يثاب عليه.

والمالكية والحنابلة على الرأي الراجح عندهم لا يشترطون البلوغ فيصححون وصية المميز إذا وافقت الحق، يريدون بذلك أن تكون على سنن وصايا البالغين الذين يعملون بمقتضى عقولهم مستندين في ذلك إلى ما روى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أجاز وصية صبي يفاع سنه تسع سنين أو عشر سنين لابنة عمه فأوصى لها بما بيع بثلاثين ألف درهم[1].

ولأن وصيته لا ضرر فيها، لما عرفنا أنها تصرف مضاف لما بعد الموت فالتمليك فيها يكون بعد وفاته فلا ضرر يلحقه في ماله ما دام حياً، كما لا ضرر على ورثته بعد وفاته حيث إن حقهم في ثلثي التركة محفوظ لا ينفذ له وصية فيه إلا بإذنهم، فإنشاء الوصية لا يخرج المال عن ملكه، ومنعه من التبرعات الناجزة لأنها مضيعة للمال في حياته وهو ضرر عليه.

---

(١) راجع المنتقى شرح الموطأ جـ ٦ ص ١٥٤، وشرح الرسالة للنفراوي جـ ٣ ص٣ من كتب المالكية، ومن كتب الحنفية المبسوط جـ ٢٨ ص ٩١، ومن كتب الشافعية تحفة المحتاج بشرح المنهاج جـ ٧ ص ٤، ومن كتب الحنابلة المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٠٠ وما بعدها، وتفسير القرطبي جـ ٢ ص ٢٤٧.

ومما يلاحظ هنا أن بعض المذاهب المجوزة لوصية الصبي المميز فرقت بين من كانت سنه عشر سنين فأكثر، فأجازت وصيته قولاً واحداً، وبين من كانت سنه أقل من العشر ففي وصيته رأيان، رأي بجوازها وآخر ببطلانها[1] ولعل السر في ذلك يرجع إلى ما روى في سن الصبي الذي أجاز عمر وصيته، فمن ثبت عنده أنها كانت عشر سنين منع وصية من قلت سنه عن عشر، ومن ثبت عنده أنها كانت تسع سنين لم يفرق في وصاياهم.

كما يلاحظ أن المانعين لوصية المميز تكلفوا في تأويل الأثر الذي روى عن عمر فقالوا: يحتمل أن وصية ذلك الصبي كانت لتجهيزه وتكفينه ودفنه، ومثل هذه الوصية جائزة لأن ما أوصى به ثابت من غير وصية[2].

وأنت ترى أن هذا التأويل بعيد عن واقع تلك الوصية إذ أنه جاء في بعض رواياتها أنها كانت لابنة عمه كما جاء في الموطأ، وفي أخرى أنها كانت لأخوال له كما يرويها ابن قدامة في المغنى.

الرشد: هل الرشد شرط لصحة الوصية فلا تجوز وصية غير الرشيد لسفه أو لغيره؟

وإذا كان الفقهاء اختلفوا في اشتراط البلوغ لصحة الوصية فقد اتفقوا على عدم اشتراط الرشد، فجوزوا وصية السفيه وذي الغفلة[3] لأنها وإن كانت

---

(١) يقول ابن قدامة في المغنى جـ ٦ ص ١٠١ « قال أبو بكر لا يختلف المذهب أن من له عشر سنين تصح وصيته ومن له دون السبع لا تصح وصيته وما بين السبع والعشر فعلي روايتين.
وقال ابن أبي موسى: لا تصح وصية الغلام لدون العشر ولا الجارية قولاً واحداً وما زاد على العشر فتصح على المنصوص. وفيه وجه آخر لا تصح حتى يبلغ.

(٢) راجع البدائع جـ ٧ ص ٣٣٤.

(٣) السفيه هو الذي لا يحسن تدبير المال فينفقه على غير مقتضى العقل والشرع وذو الغفلة هو من لا يهتدي إلى التصرفات الرابحة فيغبن في المعاملات لعدم خبرته وسلامة قلبه.

تبرعاً وهما ممنوعان منه، إلا أن المعنى الذي من أجله حجر عليهما وهو المحافظة على أموالهما في حياتهما لمصلحتهما الخاصة غير موجود في الوصية لأن أثرها لا يظهر إلا بعد وفاته في الوقت الذي يستغنى فيه عن المال، وأما ورثته فقد حافظ الشارع على حقوقهم بمنع تنفيذ الوصية بأكثر من الثلث إلا بإجازتهم:

على أن كلا من السفيه والمغفل مكلفٌ بالعبادات والطاعات لكمال أهليتهما وقد يفوتهما أداء حق من الحقوق كالزكاة والحج، فمن حقهما أداء ذلك الحق بطريق الوصية لدخولهما في الخطاب العام «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم فضعوه حيث شئتم».

غير أن الحنفية شرطوا لصحة هذه الوصية أن تكون فيما هو قربة لأنهم جوزوها استحساناً على خلاف القياس المقتضى للمنع وهو استثناء لمصلحة، والاستثناء لا يتوسع فيه فيقتصر على موضع الحاجة، على أننا لو أجزنا وصيتهما من غير تقييدٍ لكان ذلك فتحاً لباب الانحراف بالوصية عن السنن المعقول.

وأما غير الحنفية فلم يقيدوا جواز وصيتهما بشيء وسووا بينها وبين وصية الرشيد نظراً لصحة عبارتهما وكمال أهليتهما.

وكما أن الفقهاء لم يشرطوا رشد الموصى لصحة الوصية ابتداء كذلك لم يشرطوا بقاءه لبقائها صحيحة فيما إذا أوصى وهو رشيد ثم طرأ عليه السفه أو الغفلة فحجر عليه.

فإن هذا الحجر لا يؤثر في صحة الوصية السابقة بل تظل قائمة ما لم يرجع عنها في حياته.

لأن السفه والغفلة لا يمنعان صاحبهما من الرجوع في وصيته، وما دام

الموصى لم يرجع عنها فتظل قائمة تعمل عملها بعد وفاته.

أما القانون: فقد شرط في الموصى أن يكون من أهل التبرع قانوناً وهو يتضمن اشتراط الرشد فوق اشتراط البلوغ والعقل كما جاء بالمادة الخامسة[1].

وبهذا يكون قد أبطل وصية غير المميزين من مجانين ومعاتيه وصبيان صغار كما منع وصية غير البالغ من الصبيان المميزين موافقاً في ذلك مذهب الحنفية ومن وافقهم.

ولكنه باشتراطه الرشد المحدد له إحدى وعشرين سنة خالف الفقهاء أصحاب المذاهب الأربعة لأنهم لم يجعلوا الرشد شرطاً، بل صححوا وصية السفيه كما سبق، ويلاحظ أنه لم يجعله شرطاً لازماً في جميع صور الوصية، بل استثنى العاقل المحجور عليه بسبب السفه أو الغفلة، والعاقل غير المحجور عليه الذي بلغ من العمر ثماني عشرة سنة شمسية فأجاز وصيتهما إذا أذنت المحكمة الحسبية بها.

ولعل القانون باستثنائه هذا يكون قد قرب مسافة الخلف بينه وبين المذاهب الفقهية، فإن المقرر فيها أن وصية البالغ العاقل صحيحة وإن لم يبلغ إحدى وعشرين سنة، لأن أقصى سن للبلوغ هو ثماني عشرة سنة للغلام، وسبع عشرة سنة للفتاة. كما يقول أبو حنيفة، وكذلك وصية السفيه صحيحة بالاتفاق من غير توقف على إذن أحد.

---

(١) ونصها «يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً على أنه إذا كان محجوراً عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثماني عشرة سنة شمسية جازت وصيته بإذن المجلس الحسبي».
عدلت هذه المادة في مشروع قانون الأحوال الشخصية الجديد على الوجه الآتي:
م٣٣٠ - يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً على أنه إذا كان محجوراً عليه.... جازت وصيته بإذن المحكمة، وتصح وصية المرتد.

فإجازته وصية هؤلاء تقربه مما قرره الفقهاء وتجعله متسقاً مع قانون المجالس الحسبية حينذاك المحاكم الحسبية فيما بعد» الذي جعل سن الرشد إحدى وعشرين سنة، وجعل للمحكمة الحسبية أن تأذن لمن بلغ ثماني عشرة سنة وكان عاقلاً أن يتصرف في ماله تحت إشرافها.

فلو أجاز وصيته بإطلاق كان غير متسق مع هذا القانون، ولو منعها بإطلاق لكان مبعداً عن المذاهب الفقهية غير متفق مع واحد منها، ولكنه أجازها مقيدة بإذن المجلس الحسبي للاحتياط في وصية هؤلاء.

ومع هذا التقريب الذي قصده واضعوا القانون لا يزال بعيداً عن مذاهب الفقهاء في وصية السفيه، لأن الحنفية أجازوها إذا كانت بما هو قربة كبناء مسجد أو الإنفاق على ملجأ أو لفقير، ومنعوها إذا لم تكن كذلك. كالوصية لغنى أجنبي، وغير الحنفية أجازوها على الإطلاق وجاء هو فقيدها بالإذن مطلقاً مع أن هذا التقييد قد يفوت عليه مصلحته في الإيصاء إذا كان في مرضه الأخير أو في سفر بعيد لا يستطيع معه الاستئذان وحصول الإذن.

ومع مخالفة القانون للفقهاء في اشتراط الرشد لصحة الوصية ابتداء فقد وافقهم في أنه لا يشترط بقاء الرشد لتبقى الوصية صحيحة، فإذا ما أنشأ وصية معتبرة ثم عرض له سفه أو غفلة مما يوجب الحجر عليه ظلت هذه الوصية صحيحة ما لم يرجع عنها قبل وفاته كما صرحت بذلك المادة - ١٦ -[1].

الرضا

ومما شرطه الفقهاء لصحة الوصية أن يكون راضياً بها لتوفر القصد إلى هذا التصرف، وفوات الرضا يكون من المكره والهازل والخاطىء، يقول صاحب

---

(١) ونصها «لا تبطل الوصية بالحجر على الموصي للسفه أو للغفلة».

البدائع من الحنفية[1] : ومن الشروط رضا الموصى لأنها إيجاب ملك أو ما يتعلق بالملك فلا بد فيه من الرضا كإيجاب الملك بسائر الأسباب، فلا تصح وصية الهازل والمكره والخاطىء لأن هذه العوارض تفوت الرضا ».

ويلحق بهؤلاء السكران في بطلان الوصية على الأصح، لأنه لا قصد له، ولأن إلزامه بتصرفاته فيما إذا سكر بمحرم عقوبة له - كما يذهب جمهور الفقهاء لا يظهر له وجه في وصيته حيث لا ضرر يلحقه منها، وإنما الضرر يلحق ورثته بعد وفاته.

والقانون أبطل وصية هؤلاء لعدم توافر ما شرطه، وهو أهلية التبرع قانونا. جاء في مذكرته التفسيرية عند توضيح المادة الخامسة، ويتشترط في الموصى أن يكون أهلا للتبرع بأن يكون عاقلاً بالغاً راضياً فلا تصح وصية الصبي والمجنون والمعتوه ومن ذهب عقله بسكر أو غيره، ولا وصية المكره والمخطىء والهازل لفوات شرط الرضا وهذا مذهب الحنفية».

هل الاسلام شرط لصحتها ؟

لا يشترط في الموصى أن يكون مسلماً لأن الوصية كما تكون قربة يتقرب بها الإنسان إلى ربه، تكون صلة يصل بها الشخص قريباً له أو صديقاً عزيزاً عليه، ومن هنا صحت الوصية من المسلم وغير المسلم لمن اتحد معه في دينه ومن خالفه في دينه متى توفرت له الشروط السابقة، غير أن وصية غير المسلمين تختلف في بعض صورها عن وصايا المسلمين فاحتاج الأمر إلى شيء من التوضيح.

وصية غير المسلم:

وصية غير المسلم تختلف أحكامها تبعاً لاختلاف موطنه الذي يعيش فيه لأنه

---

(١) جـ ٧ ص ٣٣٥.

إما أن يكون موجوداً في دولة إسلامية يعيش فيها عيشة دائمة، متجنساً بجنسيتها بحيث يصبح من رعاياها، ويسمى في عرف الفقهاء « بالذمي » وإما أن يكون دخلها بأمان ليعيش فيها مدة محدودة من غير أن يكتسب جنسية ولا رعوية. كالجاليات الأجنبية الموجودة عندنا في مصر، ويسمى هذا في عرف الفقهاء « بالمستأمن »، وإما أن يكون في بلده الذي ليس بينه وبين دار الإسلام عهد ولا أمان ويسمى « حربياً »[1].

فالذمي مقيد في وصيته بما قيد به المسلم بناء على قاعدة التساوي في المعاملة « لهم ما لنا وعليهم ما علينا » لا يخرج عن ذلك إلا جواز وصيته لما هو قربة في دينه دون الإسلام. كالوصية للكنائس مثلا، لأن شرط الجهة التي تصح وصيته لها في نظر القانون « ألا تكون محرمة في شريعته وفي الإسلام معاً » كما سيأتي توضيحه .

وبناء على ذلك تجاوز وصيته لما هو قربة في الشريعتين. كالوصية للملاجىء والفقراء والمصحات، وما هو قربة في نظر الإسلام كالمساجد وغيرها، وما هو قربة في دينه، فقط كالكنائس، وما يتعلق بإقامة شعائرهم، كما تصح وصيته للمسلم والذمي والمستأمن، كما يصح ذلك من المسلم، وتصح وصيته للحربي إذا توفر الشرط الذي شرطه القانون، وهو أن تكون شريعة الموصى له لا تمنع الوصية لمثل الموصى.

هذا في نظر القانون. أما في نظر الفقهاء فلهم تفصيلات تعرض لها عند الكلام على شروط الموصى له.

وإذا كان له ورثة أخذت وصيته حكم وصية المسلم من أنها تنفذ في مقدار

---

(١) جاء في المذكرة التفسيرية إشارة لهذا التقسيم « المراد بغير المسلم ما هو أعم من الوطني والأجنبي في دار الإسلام، والحربي في دار الحرب.

الثلث، وتتوقف فيما زاد عليه على إجازة ورثته مراعاة لحقهم المقرر في ذلك.

وأما وصية المستأمن: فتأخذ حكم وصية الذمي لأنه ما دام في دارنا يكون كالذمي في المعاملات، فتصح وصيته للمسلم، والذمي المستأمن، ولأي جهة ما لم تكن محرمة في شريعته وفي الإسلام معاً.

وإذا أوصى لمسلم أو لمستأمن مثله بأكثر من الثلث ومات وهو عندنا فإن وصيته فيما زاد تتوقف على إجازة ورثته إذا كانوا معه لأن الأمان شامل لهم، وهو حفظ دمائهم وأموالهم، وحق الإرث ثابت لهم في هذه الحالةلعدم المانع منه.

فإذا كانوا في بلده حين الموت نفذت الوصية من غير توقف على إجازتهم لأنه لا حق لهم في هذا المال الموجود عندنا، لأن حرمة ماله مصدرها الأمان، والأمان كان لحقه لا لحق ورثته، ولا إرث مع اختلاف الدار هذا هو مذهب الحنفية[1].

ولكن القانون لم يسر مع هذا المذهب بناء على أن اختلاف الدار غير مانع من الميراث إلا في صورة ما إذا كان قانون البلد الآخر يمنع إرث من كان عندنا من قرينة عندهم.

وعلى هذا يتوقف نفاذ وصية المستأمنين بأكثر من الثلث على إجازة ورثته الموجودين في بلده الأصلي إلا إذا كان قانون هذا البلد يمنع التوارث فإنها تنفذ من غير توقف لانعدام حق الورثة في هذا المال.

وخلاصة الكلام: أن وصية المستأمنين فيما زاد على الثلث تتوقف على إجازة

---

(1) راجع تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٢٩٦، ورد المحتار لابن عابدين جـ ٥ ص ٦٨٣ والبحر الرائق جـ ٨ ص ٢٥٠.

ورثته في صورتين: الأولى: إذا كانوا معه في دارنا بأمان، والثانية: إذا كانوا في بلده، وكان قانونها يبيح توارث الأجنبي من قريبه فيه، وفيما عدا هاتين الصورتين لا تتوقف.

وأما الحزبي: وهو غير المسلم التابع في رعويته لدولة غير إسلامية، ولا يقيم في دولة إسلامية فلا شأن لنا بوصيته، كما لا شأن لنا بجميع تصرفاته حيث لا سلطان للإسلام عليه في هذه الحالة، فإذا انتقل إلى دار الإسلام ومكن من الإقامة بها أصبح مستأمناً تأخذ وصيته الحكم الذي قررناه في وصية المستأمن، فإذا جاءنا بعد أن أوصى بوصايا، ثم حصل فيها نزاع وترافعوا إلينا فإنا نطبق عليهم حكم الإسلام فيها[1]، فلو كانت وصيته بمعصية لا تنفذ، كما لو كانت لمسلم بخمر مثلا.

وصية المرتد:

المرتد هو الذي خرج عن دين الإسلام وهو عاقل من غير إكراه، والردة تكون من الرجل والمرأة. وفقهاء الحنفية متفقون على أن وصية المرتدة صحيحة نافذة لبقاء ملكها بعد الردة، وهي لا تستحق القتل على ردتها بل تستتاب فان أبت الرجوع إلى الإسلام حبست.

وأما المرتد فيرى أبو يوسف ومحمد أن وصيته صحيحة نافذة، لأن الردة لا تزيل ملكه، بل يبقى إلى أن يموت موتاً طبيعياً أو يقتل أو يلحق بدار الحرب ويحكم بلحاقه.

---

(١) في حواشي الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٤ ص ٢٤٣، إن ثمرة الحكم بصحة وصية الكافر لكافر مثله هو الحكم بإنفاذها إذا ترافعوا إلينا.

وأبو حنيفة يرى أن وصيته تقع موقوفة[1] لورودها على مال غير مملوك له لأن بالردة يزول ملكه زوالا موقوفاً حتى يتقرر مصيره، فإن عاد إلى الإسلام عاد إليه ملكه، وإن مات على ردته أو قتل أو لحق بدار الحرب تقرر زوال ملكه من حين الردة، فتبطل تصرفاته التي صدرت منه بعد ردته ـ وسيأتي توضيح لذلك عند الكلام على مبطلات الوصية ـ **ويرى الإمام أحمد صحة وصية المرتد.**

والقانون لم يعرض لوصيته، بل حذف منه النص الخاص بها، بدليل ما جاء في المذكرة التفسيرية « من أن صحة وصية المرتد ونفاذها ولو مات على ردته مذهب الصاحبين، وهي كوصايا غير المرتدين، فتصح للمسلم. وغير المسلم من الوطنيين والأجانب في دار الإسلام أو دار الحرب، كما تصح للمرتدين وفقاً لما يقتضيه مذهب الحنفية وأحمد. والمراد بالمرتد في المادة ما يشمل المرتدة ».

وحينما يسكت القانون عن حكم وصية من الوصايا يعتبر إحالة على الراجح من مذهب الحنفية[2] وهو هنا قول الإمام وعليه تسير المحاكم.

واشترط الفقهاء لنفاذ الوصية ألا يكون الموصى مديناً بدين مستغرق لتركته. فإن كان مديناً بدين كهذا توقفت وصيته على براءة ذمته من الدين.

وصية المدين:

الوصية في أصل إنشائها لا تتنافى مع الدين، فالمدين إذا أنشأ وصية وقعت صحيحة ما دامت مستوفية لشرائطها، ولا يظهر له أثر إلا عند تنفيذها بعد وفاة الموصى، وهنا يختلف الحكم باختلاف الصور، لأن الدين إما مستغرق

(١) راجع فتح القدير جـ ٤ ص ٣٩٦ والدر المختار مع حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٤١٧.

(٢) ولما لم يوجد من الفقهاء ترجيح لأحد الرأيين كان الراجح هو رأي الإمام عملا بما جرى عليه الفقهاء المتأخرون في ذلك وهو الذي تسير عليه المحاكم.

للتركة بأن يكون مساوياً لها أو أكثر منها ، وإما غير مستغرق . فيما إذا كانت قيمته أقل منها ، كما أن الوصية قد تكون بمعين تعلق به حق للدائن بأن يكون مرهوناً له ، وقد تكون بغيره . كالشائع في المال كله أو في نوع منه . ولا خلاف بين الفقهاء في أن أداء الدين أيا كان نوعه مقدم على الوصية .

فإن كان الدين غير مستغرق نفذت الوصية في ثلث الباقي بعد الدين إن وسعها ، وإلا نفذت في مقدار الثلث ، وتوقفت في الزائد على إجازة الورثة ، أو على براءة ذمة الموصى من بعض الدين أو كله .

فإذا كانت قيمة التركة أربعة آلاف جنيه ، وقيمة الدين ألفاً نفذت الوصي في حدود الألف من غير توقف ، وتوقفت في الزائد عليه على إجازة الورثة ، أو على براءة ذمة الموصى . ولو كان الموصى به معيناً بذاته . كقطعة أرض معينة ، وكان الدين متعلقاً بهذه العين . كأن تكون مرهونة للدائن بدينه قبل وفاة الموصى ، أو كان له عليها حق اختصاص واختار صاحب الدين استيفاء دينه من تلك العين فإن حقه مقدم على حق الموصى له ، لأن حقه تعلق بها حال حياة الموصى قبل أن يتعلق بها حق الموصى له الذي لا يثبت له حق إلا بعد وفاة الموصى ، فاذا استوفى الدائن دينه منها أخذ الموصى له باقيها إن بقي شيء ، ثم يرجع بقدر الدين الذي استوفى في ثلث ما يبقى من التركة بعد وفاء الدين .

فإذا كانت قيمة العين الموصى بها خمسمائة جنيه مثلا . وبقي منها بعد استيفاء الدين ما قيمته مائتان فإن الموصى له يستوفى الثلاثمائة من التركة بشرط أن يكون باقي التركة بعد أداء الدين يساوي ألفاً وخمسمائة ، ولا توجد وصية غيرها ، فإن كان أقل استوفى حقه في حدود الثلث فقط ، وتوقف في الباقي إما على الإبراء من بعض الديون أو على إجازة الورثة .

وإذا كان الدين مستغرقاً للتركة وتمسك الدائنون بحقهم ، ولم يؤد أحد عن

الميت هذا الدين فإن الوصية لا تنفذ في هذه الحالة سواء كانت واجبة أو غير واجبة، لأن حق الدائنين مقدم عليها بالاتفاق، فإذا أبرأ الموصى الدائنون من كل دينهم أو بعضه نفذت الوصية في حدود ثلث ما أبرىء منه، وكذلك إذا تبرع متبرع بأداء ما عليه كله أو بعضه.

هذا ما قرره الفقهاء في وصية المدين، والقانون لم يخالف هذه الأحكام، بل جاء موافقاً لها في المادتين - ٣٨، ٣٩[1].

المبحث الثالث
في
شروط الموصى له

الوصية في أصل تشريعها مبنية على التسامح والتيسير ومخالفة القواعد، فهي وإن كانت تمليكاً إلا أنها لم يلاحظ فيها قواعد التمليك كلها.

ولها صور عديدة، فتارة تكون لشخص أو لأشخاص، وأخرى تكون لجهة أو لجهات، والأشخاص إما معينون أو غير معينين، موجودون عند إنشاء الوصية أو غير موجودين، محصورون أو غير محصورين، تجمعهم بالموصى ديانة واحدة أولا، لهم جنسية واحدة أولا، كما تقع للوارث ولغير الوارث، وقد يحدث أن يتعجل الموصى له التمليك فيقتل الموصى أو يتسبب في قتله.

---

(١) ونصها مادة ٣٨ - «تصح وصية المدين المستغرق ماله بالدين ولا تنفذ إلا ببراءة ذمته منه»: فإن برئت ذمته من بعضه أو كان الدين غير مستغرق. نفذت الوصية في الباقي بعد وفاء الدين».

مادة - ٣٩ - «إذا كان الدين غير مستغرق واستوفي كله أو بعضه من الموصي به كان للموصى له أن يرجع بقدر الدين الذي استوفى في ثلث الباقي من التركة بعد وفاء الدين.

وهذه الصور منها الصحيح وغير الصحيح ولا يعرف ذلك إلا بالوقوف على الشروط التي شرطها الفقهاء في الموصى له لتصح الوصية أو لتبقى صحيحة، وهي عدة شروط متفق على بعضها ومختلف في بعضها الآخر، والقانون يتخير من ذلك ما يراه محققاً للمصلحة متفقاً مع حاجات الناس.

وإليك هذه الشروط.

الأول: ألا يكون الموصى له جهة معصية، لأن الوصية شرعت لتكون قربة أو صلة، فإذا كان الموصى له جهة معصية لم يتحقق شيء من ذلك.

ولما كانت الوصية تصح من المسلم وغير المسلم - كما سبق - والمعصية تختلف باختلاف الأديان لذا اختلف المراد بهذا الشرط باختلاف ديانة الموصى.

فإذا كان الموصى مسلماً أريد بها المحرمة في نظر الإسلام، سواء اتفقت الأديان معه على تحريمها أو لا.

فلا يصح للمسلم أن يوصى لجهة حرمتها الأديان كلها كدور اللهو المحرم وأندية القمار والنياحة على الموتى وما شاكل ذلك.

كما لا يصح منه الإيصاء للكنائس والمعابد التي يتعبد فيها غير المسلمين لأن هذه لا تعتبر قربة في عقيدته.

وهذان النوعان اتفق الفقهاء على عدم صحة الوصية فيهما وبه أخذ القانون.

وقد تكون الجهة الموصى لها غير محرمة في ذاتها. ولكن الباعث على الوصية محرم، كالوصية لأهل الفجور ليستعينوا بها على فجورهم، والوصية لخليلته لتبقى علاقته الآثمة بها، فان الوصية هنا تمليك لمن هو أهل للتمليك وهو الأشخاص ولكن الباعث عليها محرم، وهو إعانتهم على ما هم فيه مما حرمه الشارع.

في هذه الوصية اختلف الفقهاء، فمنهم من يرى صحتها، لأن المعتبر في التصرفات إنما هو الإرادة الظاهرة ولا اعتبار للنوايا والقصود ما لم يوجد في الكلام ما يدل على ذلك الباعث.

ومنهم من أبطلها . لأن المعتبر هو المقصود، فالعقد يبطل إذا قصد به عاقده أمراً ممنوعا شرعاً، أو قصد به تغيير ما شرعه الله متى ظهر ذلك بأي قرينة تدل عليه[1]

وبالرأي الثاني أخذ القانون فشرط لصحة الوصية: ألا يكون الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع كما شرط ألا تكون بمعصية . كما صرحت بذلك المادة الثالثة في فقرتها الأولى[2] .

وعلى هذا تصح وصيته لما هو قربة في نظر الأديان جميعها . كالوصية للفقراء والمحتاجين مسلمين أو غير مسلمين، والوصية للملاجىء والمصحات وما شاكلها أو في نظر الإسلام فقط . كالوصية للمساجد ومساعدة الحجاج وسائر الشعائر الإسلامية بشرط ألا يكون الباعث له على الوصية يتنافى ومقاصد الإسلام.

وأما إذا كان الموصى غير مسلم[3] فيشترط في نظر القانون أن تكون الجهة غير محرمة في شريعته وفي الشريعة الإسلامية، كما صرحت بذلك الفقرة الثانية

---

(١) راجع بحث العقد بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة من كتابنا المدخل ص ٤٥١ وما بعدها الطبعة الأخير.

(٢) ونصها، يشترط في صحة الوصية ألا تكون بمعصية وألا يكون الباعث منافياً لمقاصد الشارع».

(٣) المراد بغير المسلم ما هو أعم من الوطني والأجنبي في دار الإسلام والحربي في دار الحرب. كما جاء بالمذكرة التفسيرية.

من المادة الثالثة[1] وعلى هذا تصح وصيته لما هو قربة في شريعته وفي الإسلام معا كجهات البر العامة مثل المصحات والملاجيء والفقراء من المسلمين وغيرهم، ووصيته لبيت المقدس، كما تصح لما هو قربة في نظر الإسلام فقط كالمساجد وسائر الشعائر الإسلامية، أو في شريعته فقط كدور العبادة الخاصة بهم وشعائر دينهم.

وتبطل وصيته لما هو محرم في دينه وفي الإسلام. كالوصية لأندية القمار والنياحة ودور اللهو المحرم.

والقانون في هذا موافق لمذهب الحنفية[2] إلا في الوصية بما هو قربة عند

---

(١) ونصها «وإذا كان الموصي غير مسلم صحت الوصية إلا إذا كانت محرمة في شريعته وفي الشريعة الإسلامية.

(٢) وصايا أهل الذمة في مذهب الحنفية ثلاثة أنواع - الأول جائز بالاتفاق بين الإمام وصاحبيه، وهو ما إذا أوصى بما هو قربه عند المسلمين وعندهم سواء كان لقوم معينين أولا - والثاني باطل بالاتفاق، وهو ما إذا أوصي بما ليس قربة عندنا وعندهم أو بما هو قربة عندنا فقط كبناء المساجد للمسلمين، وعلل ذلك صاحب البدائع بأنهم لا يتقربون به فيما بينهم فكان مستهزئاً في وصيته والوصية يبطلها الهزل بأنهم لا يتقربون به فيما بينهم فكان مستهزئاً في وصيته والوصية يبطلها الهزل والاستهزاء، واستثنوا من ذلك ما إذا كانت الوصية لقوم بأعيانهم فإنها تصح على أنها تمليك لا أنها قربة، والثالث مختلف فيه، وهو ما إذا أوصى بما هو قربة عندهم فقط كبناء الكنيسة لغير معينين فيجوز عند الإمام، لأنه قربة في اعتقادهم وقد أمرنا بتركهم وما يدينون، وعند الصاحبين لا يجوز لأن الوصية بهذه الأشياء وصية بما هو معصية في نظر الإسلام والوصية بالمعاصي لا تصح، وإن كانت الوصية بذلك لمعنين جازت إجماعاً على أنها تمليك.. راجع البدائع ج ٧ ص ٣٤١، وتبيين الحقائق للزيلعي ج ٦ ص ٢٠٥، ورد المختار لابن عابدين ج ٥ ص ٦٨٣ في فصل وصايا الذمي وغيره.

ومن هذا يتبين أن القانون لم يخالف مذهب الحنفية إلا في صورة واحدة وهي ما إذا أوصى غير المسلم بما هو قربة في نظر الإسلام لقوم غير معينين. أخذ حكمها من مذهب الشافعي. لأن الشرط في صحة الوصية عنده عدم كونها معصية ولا مكروهة لذاتها. كما جاء في نهاية المحتاج بشرح المنهاج ج ٧ ص ٤ وما بعدها «وإذا أوصى لجهة عامة فالشرط ألا تكون =

المسلمين فقط. فإن حكمها مأخوذ من مذهب الشافعي كما جاء بالمذكرة التفسيرية.

الثاني: أن يكون الموصى له معلوماً، على معنى ألا يكون مجهولاً جهالة لا يمكن رفعها..

بأن يكون معيناً باسمه. كفلان بن فلان، أو بالإشارة إليه. كأوصيت لهذا الشخص، أولهذا المسجد أو لحمل هذه المرأة، أو بتعريفه بالوصف. كطلبة الجامعة أو فقراء هذه المدينة.

فإذا كان الموصى له مجهولاً جهالة لا يمكن إزالتها. كما لو أوصى لطالب من طلبة الأزهر أو الجامعة، أو لإبراهيم ولم يبين إسم أبيه كانت الوصية باطلة، لأنها تمليك والتمليك للمجهول جهالة تامة لا يمكن إزالتها لا يصح، وهذا الشرط أخذ به القانون في مادته السادسة[1] وهو موافق لمذهب الحنفية في جملته[2]

= معصية ولا مكروهاً لذاته، وكذلك إذا أوصى لغير جهة يشترط عدم المعصية والكراهة أيضاً، ثم قال: وشمل عدم المعصية القربة. كبناء مسجد ولو من كافر.

(١) ونصها يشترط في الموصي له.

١ - أن يكون معلوماً ٢ - أن يكون موجوداً عند الوصية إن كان معيناً. فإن لم يكن معيناً لا يشترط أن يكون موجوداً عند الوصية ولا وقت موت الموصي وذلك مع مراعاة ما نص عليه في المادة - ٢٠».

(٢) مذهب الحنفية في الوصية للمعـرف بالوصف أنها لا تصح إلا إذا كان في اللفظ الدال على إنشائها ما ينبيء عن حاجةالموصي لهم. كلفظ الفقراء أو المحتاجين أو المعوزين أو من فقدوا عائلهم:

فإن خلا اللفظ عن ذلك لا تصح الوصية للجهالة في الموصى لهم التي لا يمكن معها تسليمهم الموصى به. وإنما صححوا الصورة الأولى لأنها في معنى الصدقة وهي تملك أولا لله تعالى ثم يتملكها المحتاجون بتمليك الله لهم.

وغير الحنفية لم يقيدوا هذا التقييد بل صححوا الوصية ما دام الموصي له معرفاً بوصف=

الثالث: أن يكون موجوداً عند إنشاء الوصية إذا كان معيناً بالاسم أو بالإشارة وهذا باتفاق المذاهب، لأن كونه معيناً بالإسم أو بالإشارة لا يتصور بدون وجوده حين الوصية، والوجود هنا أعم من الوجود الحقيقي، والوجود التقديري كما في الحمل المعين.

وأما إذا كان غير معين بل كان معرفا بالوصف كالطلبة الغرباء أو المحتاجين من طلبة الجامعية ففيه اختلاف الفقهاء.

فالجمهور يشترطون وجوده عند وفاة الموصى، لأن الوصية تمليك، والتمليك للمعدوم لا يجوز، ألا ترى أن الميراث يثبت لمن كان موجوداً عند وفاة المورث دون المعدوم فالوصية كذلك لأنها أخت الميراث.

والمالكية[1] لم يشرطوا وجوده لا وقت إنشاء الوصية ولا وقت موت الموصى فصححوا الوصية للمعدوم الذي سيوجد في المستقبل ولو بعد وفاة الموصى بزمن كالوصية لابن فلان الذي سيولد له. والوصية للمسجد الذي سيبنى، وإنما صححوا ذلك تيسيراً على الناس في وصاياهم، لأنها في تشريعها مبنية على التساهل وتخالف بقية أسباب التمليك في كثير من الأحكام.

= مميز سواه ذكر في لفظ الوصية ماينبىء عن الحاجة أولاً.

والقانون أطلق في عبارته فيكون قد خالف مذهب الحنفية في صورة عدم ذكر ما ينبىء عن الحاجة.

(١) بل إنهم جوزوا الوصية للميت الذي علم الموصي بموته.

جاء في شرح الرسالة للنفراوي ج٣ ص٣ الموصى له وهو من يصح تملكه للموصي به شرعاً حالاً أو مآلا ولو حكماً فيدخل الإيصاء للحمل ويستحق إن استهل، وإلا بطلت، وغلة الوصية قبل استهلاله لورثة الموصي، وتصح للميت حيث علم الموصي بموته وتصرف في دينه إن كان عليه دين، أو تدفع لورثته، وأما إذا لم يعلم بموته فتكون باطلة، وعلة التفرقة عندهم بين الصورتين أنه لما أوصى لمن علم بموته يكون قصده تسديد ما عليه من الديون، أو إعطاء ورثته بخلاف صورة جهلة بموته فإنه لم يقصد إلا إعطاءه هو بنفسه.

والقانون أخذ بمذهب المالكية فلم يشترط وجود غير المعين كما صرحت به المادة السادسة.

الرابع: ألا يكون الموصى له قاتل الموصى:

والقتل قد يحدث بعد الوصية. بأن يوصي شخص لآخر ثم يقتل الموصى له الموصى، وقد يحدث قبلها. كما إذا ضرب شخص آخر ضربة جارحة ثم يوصي المضروب للضارب وبعد الوصية يموت بسبب الجرح السابق.

وللفقهاء في تأثير القتل في الوصية آراء مختلفة. بني الاختلاف فيها على الخلاف في صحة حديث ورد في ذلك مع تعارض شبهها بالهبة والميراث، فمن لاحظ شبهها بالهبة قال: إنها لا تتأثر بالقتل، فلا يكون عدمه شرطاً. ومن لاحظ شبهها بالميراث قال: إنها تتأثر به، فيكون عدمه شرطاً فيها.

والقائلون بالتأثر مختلفون في مدى هذا التأثر. أيكون في سائر صورها أم في بعضها فقط؟ والتأثير في صحتها فتكون باطلة معه، أم في نفاذها، فتكون صحيحة موقوفة على إجازة الورثة؟

وإليك خلاصة هذه الآراء.

الرأي الأول: أن الوصية لا تتأثر بالقتل مطلقاً سواء تقدمت عليه أو تأخرت عن سببه، لأنها تمليك بعقد كالهبة فلا يؤثر فيها القتل كما لا تتأثر الهبة به، ولأن الوصية تصح للكافر، ولن يكون القتل أشنع من الكفر.

وإلى هذا ذهب الشافعية في أرجح الأقوال عندهم[1] والحنابلة في أحد أقوالهم فلا يكون عدم القتل شرطاً في الوصية.

---

(١) راجع نهاية المحتاج بشرح المنهاج وحواشيه جـ ٧ ص ١٤ والمغنى ص ١١١.

الرأي الثاني: أن القتل يؤثر في الوصية عمداً كان أو خطأ استناداً إلى حديث يروى وهو «لا وصية لقاتل» فهذا الحديث يدل على منع الوصية للقاتل، والمنع شامل لما إذا كانت الوصية سابقة على القتل أو لاحقة له، ولأن القتل في بعض صوره استعجال للحق قبل أوانـه فيعـاقـب بحرمـانـه كما في الميراث.

وإلى هذا الرأي ذهب الحنفية، وهو أحد الأقوال عند الحنابلة فيكون عدم القتل شرطاً فيها، إلا أنهم اختلفوا في شرطيته. أهو شرط في صحتها فتكون باطلة معه فلا تصح بإجازة الورثة، كما يقول أبو يوسف والحنابلة، لأن المنع للجناية وهي باقية لا ترفعها إجازة الورثة، أو شرط لنفاذها فتقع صحيحة موقوفة على إجازتهم، لأن المنع لحقهم دفعاً للغيظ عنهم حتى لا يشاركهم في مال مورثهم من قتله، ولأن نفع بطلانها يعود إليهم: كما يقول أبو حنيفة ومحمد[1] فإذا أجازوها أو لم يكن له وارث نفذت...

والرأي الثالث: يفصل بين ما إذا حدث القتل بعد الوصية فيبطلها وبين ما إذا حدث سببه قبلها فلا يمنع صحتها وهو الراجح عند الحنابلة كما يظهر من كلام صاحب المغنى والراجح عند المالكية[2].

أما بطلانها فيما إذا حصل القتل بعدها فلأن الظاهر أن القاتل استعجل

---

(١) راجع تبيين الحقائق للزيلعي جـ ٦ ص ١٨٢ وما بعدها، وكتاب الفقه على المذاهب الأربعة والمغنى.

(٢) مذهب المالكية أن الوصية إذا وقعت بعد الضربة وعرف المقتول قاتله فلا تبطل الوصية سواء كان الضرب عمداً أو خطأ، وتؤخذ الوصية من ثلث التركة وثلث مال الدية في القتل خطأ، ومن أصل مال المتوفي في القتل عمداً.

وإذا وقعت الوصية قبل الضرب ثم ضربه الموصي له فأماته فإن الوصية تبطل سواء عرف القاتل ولم يغير الوصية أولا على الرأي الراجح عندهم. وفي رأي آخر إذا علم بالقاتل ولم يغير الوصية لا تبطل. كتاب الفقه على المذاهب الأربعة جـ ٢ ص ٤٤١.

الملك بالوصية فيعاقب بالحرمان كما في الميراث، وأما عدم بطلانها في الصورة الثانية فلأن ظاهر حال الموصى أنه أراد الإحسان الى من ضربه، والوصية في أصلها تنشأ باختياره وإرادته فيجب احترام إرادته بإبقاء وصيته صحيحة، ولا يوجد نص شرعي صحيح يمنع صحة هذه الوصية، لأن الحديث المروى فيها ضعيف جداً[1].

وهذا الرأي أقرب إلى الفقه وأسلم من ناحية الدليل. لأن الوصية السابقة على القتل طرأ عليها ما يبطلها بخلاف المتأخرة عنه.

وكما اختلف الفقهاء في أصل الاشتراط اختلفوا في تحديد القتل المؤثر في الوصية...

فالحنفية يقولون: إنه القتل المباشر بغير حق عمداً كان أو خطأ، وضبطه بعضهم بأنه القتل الموجب للقصاص أو الكفارة مع الدية[2]، وأما القتل غير المباشر وهو القتل تسبباً فلا يؤثر فيها وإن كان صاحبه متعمداً. لأنه لا يسمى قتلا حقيقة في نظرهم.

والحنابلة يتفقون معهم في أن القتل المؤثر هو الذي يوجب عقوبة مالية أو غير مالية. سواء كان عمداً أو خطأ، ويخالفونهم في القتل تسبباً فيجعلونه مانعاً لأنه موجب للدية.

---

(١) نقل صاحب نصب الراية ج ٤ ص ٤٠٢ وما بعدها عن الدار قطنى أنه قال إن هذا الحديث من رواية مبشر بن عبيد وهو متروك يضع الحديث، وكذلك قال عنه البيهقي.
وفي تكملة الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للامام زيد بن علي ص ١٠٧ ان اسناد هذا الحديث ضعيف جداً كما قاله ابن عبد الحق وابن الجوزي. وقال البخاري في رواية مبشر بن عبيد الحمصي إنه منكر الحديث، وقال احمد عنه: يضع الحديث.

(٢) هذا الضابط يشمل أنواعاً أربعة من أنواع القتل عندهم هي القتل العمد، وشبه العمد والخطأ، وما أجرى مجرى الخطأ، ولم يخرج عنه الا القتل تسبباً.

والمالكية جعلوه القتل العمد العدوان أعم من أن يكون مباشرة أو تسبباً.

ومع هذا الاختلاف فهم متفقون على أن القتل بحق. كالقتل قصاصاً أو حداً لا يؤثر في الوصية، وكذلك القتل بعذر شرعي. كالقتل دفاعاً عن النفس أو المال متى تعين طريقاً للانقاذ.

والقانون أخذ أحكامه من هذه المذاهب الثلاثة ملاحظاً في ذلك ما سبق تقريره من أحكام القتل في قانون الميراث، وما تقرر في قانون العقوبات من بيان الأعذار المسقطة للعقوبة أو المخففة لها.

فتراه يقرر في مادته السابعة عشرة[1] أن القتل في الوصية هو القتل العمد العدوان سواء أكان مباشرة أم تسبباً. وسواء انفرد الموصى له بالقتل أو اشترك مع غيره: بعد أن يكون القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة، وليس له عذر مشروع في ذلك.

ويدخل في القاتل تسبباً الآمر بالقتل، والمحرض عليه، والدال على المقتول، والربيئة «وهو من يراقب المكان أثناء مباشرة القتل»، وواضع السم وشاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه. فأخذ حكم العمد

---

(١) ونصها «يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية، أو الوصيةالواجبة قتل الموصي أو المورث عمداً، سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أو شريكاً أم شاهد زور ادت شهادته إلى الحكم بالاعدام على الموصي وتنفيذه وذلك إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلا بالغاً من العمر خمس عشرة سنة. ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي.

ومن يقرأ المادة الخامسة من قانون الميراث يجدها متفقة مع هذه المادة في تصوير القتل المانع من الميراث ونصها «ومن موانع الأرث قتل المورث عمداً سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالاعدام وتنفيذه إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي»

العدوان المباشر بغير حق مما اتفقت عليه تلك المذاهب التي جعلت القتل يؤثر في الوصية، وحكم التسبب عمداً من مذهبي المالكية والحنابلة، وتفصيل صور التسبب من مذهب الحنابلة، وهذا حسن لأن فاعله قصد القتل بفعله فيكون كالمباشر، فإن شاهد الزور الذي يعلم مقدماً أن شهادته توصل إلى الحكم بإعدام من شهد عليه يكون قاصداً إهلاك المشهود عليه، وكذلك واضع السم في الطعام وغير ذلك من الطرق الموصلة إلى القتل عادة.

وأخذ شرط البلوغ خمس عشرة سنة من مذهب الحنفية، وكذلك العقل وصحح الوصية للقاتل خطأ عملا بمذهب المالكية، وعمم حكم بطلان الوصية سواء أجازها الورثة أوّلا عملا بمذهب أبي يوسف.

ومن هنا نستطيع أن نقول: إن القتل يؤثر في الوصية في نظر القانون بشروط ثلاثة.

١ ـ أن يكون القاتل عاقلا بلغ من العمر خمس عشرة سنة، فلو كان مجنوناً أو صغيراً لا تبطل الوصية له، لأن بطلان الوصية بمثابة العقوبة للقاتل فلا يستحقها إلا من كان أهلا لها.

٢ ـ أن يكون القتل عمداً عدواناً بغير حق «مباشرة أو تسبباً»، فإذا كان بحق كالقتل قصاصاً بأمر الحاكم لا يكون مبطلاً للوصية، لأن القاتل منفذ فقط فلا يستحق العقوبة، وإلا لتعطلت الأحكام، ومن القتل بحق القتل بسبب البغي والخروج على جماعة المسلمين على الرأي الراجح.

٣ ـ ألا يكون القتل بعذر، فإن كان بعذر كقتل الزوج زوجته إذا فاجأها مع الزاني، وكقتل الشخص كل ذات محرم منه إذا فاجأها مع الزاني كذلك فالأب الذي يقتل ابنته، والأخ الذي يقتل أخته في هذه الحالة يكون معذوراً، فلا يحرم من وصية من قتلها.

ومن الأعذار حالة الدفاع عن النفس أو المال إذا تعين القتل طريقاً له[1] وإذا كان الدفاع مشروعاً وهو غير مضبوط بضابط خاص، فالتجاوز فيه يكون عذراً كذلك، فلا يبطل القتل معه الوصية، وغير ذلك من الأعذار المنصوص عليها في قانون العقوبات.

فإذا اختل شرط من هذه الشروط لم يكن للقتل أثر في الوصية...

الخامس: ألا يكون الموصى له وارثاً:

وهذا شرط مختلف فيه بين الفقهاء على مذاهب ثلاثة.

المذهب الأول: أنه شرط لصحتها، فلو أوصى لوارث وقعت الوصية باطلة من أول الأمر، فلا تلحقها إجازة أصلاً، وإن حصلت من باقي الورثة تكون هبة مبتدأة، فيلاحظ فيها شروط الهبة من اللفظ والقبول والقبض إلى غير ذلك، وإلى هذا ذهب أهل الظاهر، والمزني من الشافعية، وبعض المالكية وبعض الحنابلة[2].

وسند هؤلاء حديث «لا وصية لوارث» فإنه يفيد بظاهره نفي الصحة، لأن النفي يتوجه أولاً إلى الذات لأنه الحقيقة، فإذا تعذرت الحقيقة يحمل الكلام على أقرب مجاز وهو نفي الصحة، فيكون معناه لا وصية صحيحة لوارث، فلا يترتب عليها أثرها الشرعي، وما دامت الوصية وقعت غير صحيحة لا تعمل الإجازة فيها شيئاً.

ويرد على هذا الاستدلال أنه قد ورد في بعض روايات الحديث زيادة تدل على صحة الوصية، ففي بعض طرقه «إلا أن يجيزها الورثة» أو «إلا أن يشاء

---

(١) كما هو مفصل في قانون العقوبات في المواد - ٢٤٥، ٢٤٩، ٢٥٩.
(٢) راجع المغنى جـ ٦ ص ٦، وبداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٢٨٨، والمحلي لابن حزم=

الورثة » فهذا الاستثناء دليل على أن الصحة ليست منتفية. بل المنفى شيء آخر وراءها وهو النفاذ.

المذهب الثاني: أنه شرط لنفاذها. فتقع الوصية للوارث صحيحة موقوفة على إجازة باقي الورثة، إن أجازوها نفذت وإلا بطلت... وهو مذهب جمهور الفقهاء الحنفية وأكثر المالكية، وظاهر مذهب أحمد والشافعية لأن الوصية للوارث تصرف من أهله في محله فيصح كسائر التصرفات، وكالوصية للأجنبي ويؤيد ذلك ما ورد في بعض روايات الحديث من زيادة « إلا أن يجيزها الورثة » فإنها تدل على أن أصل الوصية صحيح غير نافذ، ونفاذه موقوف على الإجازة. وعلى هكذا يكفي في الإجازة لفظ أجزت أو أمضيت أو ما شابه ذلك، ولا يحتاج ثبوت الملك فيها إلى القبول من الموصى له بعد الإجازة ما دام قد سبق منه قبول الوصية بعد وفاة الموصى، كما لا يحتاج إلى القبض.

ويقولون بعد ذلك. إن آية الوصية منسوخة. إما بآيات المواريث أو بحديث « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث » لأنه حديث مشهور أو متواتر - كما قيل -.

والمعتبر في كونه وارثاً عند هؤلاء هو كونه كذلك وقت الوفاة لا وقت إنشاء الوصية[1] فلو أوصى لشخص وارث ثم وجد من يحجبه عن الإرث وقت الوفاة كما لو أوصى لأخيه ولم يكن له ولد ثم ولد له ابن بعد ذلك فإن الوصية للأخ في هذه الحالة تنفذ من غير توقف على الإجازة، ولو كان الأمر بالعكس توقفت.

= جـ ٩ ص٣١٦، وفيه « وتقع باطلة فإذا أجازها الورثة كانت هبة مبتدأة ».

(١) يرى ابن حزم أنه يستوي الأمران، كونه وارثاً وقت انشاء الوصية ثم أصبح غير وارث عند الوفاة. وكونه وارثاً وقت الوفاة. لأن الوصية في الصورة الأولى وقعت باطلة فلا تنقلب صحيحة.

لأن الوصية عقد مضاف إلى ما بعد الموت، وإنما يتحقق الوجوب له عند الموت، ولأن المانع صفة الوراثة، ولا يعرف ذلك إلا عند الموت، لأن من شرطها أن يكون الوارث حياً بعد موت المورث.

المذهب الثالث: أن هذا ليس شرطاً في صحة الوصية ولا في نفاذها، بل إن الوصية للوارث تقع صحيحة غير موقوفة على إجازة باقي الورثة. كالوصية للأجنبي ما دامت في حدود الثلث، وهو رأي بعض فقهاء الشيعة كالإمامية الأثني عشرية وبعض[1] الزيدية.

وهؤلاء يقولون: إن آية الوصية تفيد مشروعية الوصية للورثة المعبر عنهم فيها بالأقربين، ومن يأخذ حكمهم بسبب آخر كالزوجية، وهي لا تزال قائمة، وليس من السهل تسليم دعوى نسخها، لأن أسلوبها المؤكد لا يلتئم مع دعوى النسخ «حقاً على المتقين» «فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه، إن الله سميع عليم».

وإن الشارع الحكيم إذا شرع حكماً مؤقتاً لينسخه بعد حين لا يأتي في النص المفيد له بما يؤكده، ويتوعد على مخالفته بالعقاب، بل ذلك الشأن في الأحكام الدائمة التي لا تنسخ.

وعلى هذا تكون الوصية المنفية في حديث «لا وصية لوارث» هي الوصية التي كانت مشروعة للورثة قبل شرعية الميراث لا مطلق الوصية، فالذي نسخ في حق الوارث إنما هو وجوب الوصية لا أصل مشروعيتها، وفيما يستحقه الورثة وهو الثلثان، لأن سياق الكلام في آية الوصية مع آيات المواريث يدل على أن المنسوخ هو ذلك، فيكون معنى الحديث على هذا «لا تصح وصية

---

(١) كالهادي والناصر وأبي العباس وأبي طالب كما في نيل الأوطار للشوكاني جـ ٥ ص ٣٥

لوارث من الثلثين إلا أن يجيز الورثة[1] ».

وأما الثلث فهو خالص حق الشخص يضعه كيف شاء لقريب أو بعيد - وارثاً كان القريب أو غير وارث. وإذا كانت الوصية مشروعة ليتدارك بها الإنسان ما فاته في حياته » وليصل بها من أراد، وأباح له الشارع أن يتصدق بها على أجنبي فليس من المعقول أن يحرم من جعلها لقريب لتكون صدقة وصلة فينال بها ثواب قربتين، أو يجعلها موقوفة على إجازة أحد، لأن ذلك يكون إلغاء لرغبته، وتجاهلاً لإرادته.

وبهذا الرأي أخذ قانون الوصية في مادته السابعة والثلاثين في فقرتها الأولى[2] حيث سوى بين الوارث والأجنبي في جواز الوصية بالثلث من غير توقف على إجازة الورثة.

وجاء في مذكرته التفسيرية: أن نفاذ الوصية للوارث بما لا يزيد على الثلث يؤخذ من آية الوصية، وهو رأي فريق من المفسرين، ومنهم أبو مسلم الأصفهاني كما قاله فريق من الفقهاء من غير المذاهب الأربعة، واختير القول

---

(١) ولا يقال. إن هذا المعنى لا يجعل لتخصيص الوارث بالذكر فائدة لاستواء الوارث بالأجنبي في هذا الحكم، وهو عدم صحة الوصية من الثلثين إلا بمشيئة الورثة فيتعين إبقاء الحديث على إطلاقه، وهو عدم صحة الوصية له مطلقاً إلا بإجازة الورثة.

لا يقال ذلك لأن المقصود من الأول من الحديث هو بيان مشروعية الوصية التي كانت واجبة بآية البقرة وجاءت آيات المواريث ببيان قدر المشروع منه فإذا بين منه مع هذا أنه لا تصح الوصية له فيما يتعلق به حق الورثة إلا بإجازة الباقين اقتضى ذلك منعها لأجنبي بطريق الأولى.

وقد يقال: إن وصية في الحديث نكرة وقعت في سياق النفي فتعم كل وصية سواء كانت من الثلث أو مما زاد عليه، والجواب أن قرينة السياق السابقة تدل على تخصيصها.

(٢) ونصها « تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة».

بجواز الوصية للوارث لحاجة الناس إليها .

ولقد نقد الكاتبون مسلك القانون هذا حيث عدل عن قول جماهير الفقهاء من أهل السنة ، وأخذ بمذهب طائفة من فقهاء الشيعة ، وفيه فتح باب إثارة البغضاء وتوليد العداوة بين الورثة جرياً وراء الحاجة المدعاة التي لم تتبين حقيقتها .

وإذا كان لنا أن نوجه النقد إلى مسلك القانون ، فلا نوجهه إليه من ناحية أنه ترك مذهب جماهير الفقهاء من أهل السنة وأخذ برأي طائفة من فقهاء الشيعة . وهو رأي مغمور غير مشهور ، وأن سنده ليس بقوي ، لأن سنده ـ كما ظهر من توجيه أصحابه له ـ قوي وواضح ، وعدم شهرة الرأي لا تعتبر مطعناً فيه .

وإنما ننقده من ناحيتين . أولاً : إنه أخذ رأي هؤلاء ناقصاً . فأخذ منه صحة الوصية للوارث بدون توقف على إجازة الورثة . وترك باقيه . وهو وجوب التسوية في الوصية إذا كانت لأولاده ، أو لفريق من الورثة استووا في الانتساب إليه كالإخوة والأخوات والأعمام ، لأن الوصية نوع من العطية ووجوب التسوية في العطية بين الأولاد ثابت بالنص ، وفي غيره بالقياس فإن اختلفوا تقسم بحسب الميراث[1] .

---

(١) جاء في تتمة الروض من النضير شرح مجموع الفقه الكبير ص ١١٤ ـ بعد ذكر الاستدلال على مشروعية الوصية للوارث ـ ولكن يجب عليه أن يسوي بين أولاده في الوصية إذ هي نوع من العطية . لحديث النعمان بن بشير أن أباه أتى به رسول الله ﷺ فقال : « إني نحلت ابني هذا غلاماً كان لي فقال رسول الله : « أكل ولدك نحلته مثل هذا » فقال لا ، فقال : فأرجعه ، متفق عليه ، وفي رواية : (اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم في النحل كما تحبون أن يعدلوا بينكم في البر) وفي رواية « سووا بين أولادكم في العطية فلو كنت مفضلاً أحداً لفضلت النساء » .

وجاء في ص ١١٥ ، وليس المراد بالتسوية أنه يجب تقسيم الثلث أو قسط منه بين جميع الورثة على السواء . بل ينظر الميت إلى كثرة الثلث وقلته ويتبع في ذلك ما فصلته تلك الأحاديث من تقديم الأولى فالأولى ، إلا أنه إذا أوصى للمستويين في الانتساب إليه من الإخوة والأخوات =

ونحن إذا أمعنا النظر في هذا المذهب نجده غير محتاج إلى إجازة باقي الورثة، لأن الاجازة يحتاج إليها عند تفضيل البعض على البعض الآخر، ولا تفضيل مع التسوية.

وإذا لاحظنا وجوب التساوي ولو بين أفراد الطبقة المستوية في النسبة إليه لا تكون الوصية للوارث موجبة لإثارة البغضاء حتى يقال: إن العمل بهذا المذهب موجب لإحداث الفتن بين أفراد الأسرة الواحدة مثير للبغضاء والشحناء بينهم.

وثانياً: إنه أطلق في جوازها وكان الواجب عليه أن يقيدها بما إذا وجدت حاجة أو مصلحة تدعو إلى تلك الوصية، كأن يكون الوارث الموصى له صغيراً أو طالب علم أو عاجزاً عن الكسب ونصيبه من الميراث لا يسد حاجته، وبقبة الورثة كبار قادرون على الكسب.

لو قيدها بذلك لمنع إثارة الشحناء بين الورثة أو خفف منها على الأقل ولأمكننا أن نرجع هذا الرأي إلى مذهب جمهور الفقهاء القائلين بالاستحسان، لأن المشرع حينئذ يكون قد استثنى هذه الجزئية من عموم المنع لأجل تلك الحاجة هذا **ولم يجعل الفقهاء من شروط الموصى له. أن يكون متحداً مع الموصى في دينه أو في جنسيته «دولته»** فصححوا وصية المسلم لغير المسلم وبالعكس. اتحدت جنسيتها أم لختلفت، إذا استثنينا بعض صور وقع فيها الخلاف بينهم.

وكنت أود ألا أعرض لهذا الخلاف لولا أنني وجدت القانون تأثر به في بعض ما جاء فيه من أحكام كما أشارت إليه مذكرته التفسيرية، وإليك إجمال ما قرره الفقهاء[1].

= والأعمام والعمات وجبت التسوية بين كل صنف منهم قياساً على الأولاد، فإن اختلفوا فاتباع الميراث أظهر.

(١) راجع في ذلك المبسوط جـ ٢٧ ص ١٤٦، ١٤٧ وتبيين الحقائق للزيلعي جـ ٦ ص ١٨٣، =

لا نزاع في صحة وصية المسلم للمسلم مهما اختلف ديارهما وجنسيتهما، لأن رابطة الإسلام لا تفصلها حدود الديار، كما لا نزاع بينهم في صحة وصية المسلم للذمى وهو من لم يدخل في الإسلام وأقام بين المسلمين راضياً بحكمهم. يضافي من صافاهم، ويعادي من عاداهم بعد دفع الجزية لهم[1]، وهذا يكون له ما للمسلمين وعليه ما عليهم، لأن الوصية في ذاتها صلة وبر، وصلة أهل الذمة[2] غير منهي عنها لقوله تعالى ﴿لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلونكم في الدين ولم يخرجوكم من ديارهم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين﴾ المتحنة - ٨﴾ .

أما الحربي، وهو من لم يكن له ذمة ولا عهد، فإن دخل دار الإسلام بأمان ليقيم فيها مدة محدودة لتجارة أو لغيرها، ويسمى مستأمناً فوصية المسلم له جائزة في المذاهب الثلاثة «المالكية والشافعية والحنابلة» وفي الرأي الظاهر في مذهب الحنفية، لأنه كالذمى يصح أن يملكه المال حال حياته فكذا تمليكه بعد وفاته.

وفي رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف لا تصح لأنه على وشك الرجوع إلى دار الحرب حيث لا يمكن من الإقامة الدائمة عندنا بخلاف الذمى.

وإن كان في دار الحرب، وهي المعادية للإسلام التي ليس بينها وبين دار

= ١٨٤ ورد المحتار جـ ٥ ص ٦٤٣، ونهاية المحتاج جـ ٧ ص ١٣ والمغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٠٤ والمحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٩٢٢، وكتاب الفقه على المذاهب الأربعة جـ ٣ ص ٣٣٨ وما بعدها إلى ص ٤٤٧.

(١) تقبل الجزية من أهل الكتاب (اليهود والنصارى، وعبدة الأوثان من غير العرب، وأما عبدة الأوثان من العرب فلا تقبل منهم الجزية، بل إما الإسلام أو القتال.

(٢) الفرق بين الوصية والميراث حيث صحت الوصية لهم وامتنع الإرث بينهم وبين المسلمين أن الإرث خلافة وولاية في المال، ولا ولاية مع اختلاف الدين، أما الوصية فتمليك بعقد مبتدأ فتصح في حالة الحياة «راجع المبسوط».

الإسلام علاقة تناصر وتعاون، والعصمة منقطعة بينهما ، فالأئمة الثلاثة صححوا وصية المسلم له ما لم تكن بنحو سلاح أو بالعبد المسلم، أو بما يلحق بالإسلام ضرر لأن الوصية كالهبة، وهي تصح منه له فكذلك الوصية.

ومنعها الحنفية[1] لقوله تعالى ﴿إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون﴾ الممتحنة - ٩.

ولأن الوصية لهم بالمال تقوية لهم على حربنا، وفي تكثير ما لهم إضرار بالمسلمين فصار كالوصية بالسلاح وبكل ما يلحق بالإسلام ضرر كالوصية بالعبد المسلم وبالمصحف.

والنظر يقتضي ترجيح مذهب الحنفية، لأنه حربياً كهذا لا عهد له ولا ذمة وليس في دارنا بأمان، بل يعيش في بلد ليس بينه وبين دولة الإسلام علاقة تعاون ولا نصرة، والعصمة منقطعة بينهما - يكون في حالة حرب مع المسلمين وإن لم يكن للحرب وجود فعلي، ومثل هذا لا تدخل الوصية له في باب الصلة

---

(١) اضطرب النقل في بعض كتب الحنفية، فمنها ما ينقل أن الوصية له ممنوعة، ومنا ما ينقل أنها جائزة مع الكراهة، ولكن النقل في النهاية استقر على أنها ممنوعة قولاً واحداً كما في رد المحتار جـ ٥ ص ٦٤٣.

وسبب هذا الأضطراب اختلافهم في فهم ما روي أن رسول الله ﷺ بعث إلى أبي سفيان ابن حرب وصفوان بن أمية بخمسمائة دينار حين قحطوا ليفرقاها على فقراء أهل مكة فقبل أبو سفيان ورد صفوان، فمن الحنفية من فهم أن هذه تجوز الوصية للحربي في دار الحرب. ومنهم من قال إن هذه صلة لا وصية. ومن تأمل الحادثة وجد أنها صلة في حالة خاصة وهي حالة القحط. على أنه ﷺ بعثها لتفرق على الفقراء. فهي عمل إنساني في حالة العسرة والشدة والدين دين الإنسانية فأنى هذا من الوصية للحربي ليملك بعد الوفاة غير مقيد بقيد؟.

المشروعة في الاسلام، ولا يصح قياسه على الذمي. للفرق الواضح بينهما، فهذا له ما للمسلمين. فالوصية له داخلة في الوفاء بعهده الذي سوى بينه وبين المسلم. وذلك منقطع الصلة بينه وبين المسلمين، بل إنه يتربص بهم، ويود إلحاق الأذى بهم في كل حين...

والقانون لم يشترط لصحة الوصية الاتحاد بين الموصي والموصى له في الدين ولا في الجنسية. وإنما شرط لصحتها في حالة ما إذا اختلفت الجنسية وكان الموصي تابعاً لدولة إسلامية والموصى له غير مسلم تابع لدولة غير إسلامية ان تكون شريعة دولة الموصى له تبيح الوصية لمثل الموصي. فان كانت لا تبيحها بطلت الوصية. كما جاء ذلك صريحاً في المادة التاسعة ونصها:

« تصح الوصية مع اختلاف الدين والملة. وتصح مع اختلاف الدارين ما لم يكن الموصي تابعاً لبلد إسلامي. والموصى له غير مسلم لبلد غير إسلامي تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصي ».

وبناء على هذا تصح الوصية من المسلم للمسلم مهما اختلفت ديارهما وسواء أكانا في بلدين إسلاميين. أم في بلدين غير إسلاميين. أم كان أحدهما في بلد إسلامي والآخر في بلد غير إسلامي. لأن رابطة الإسلام لا يؤثر فيها اختلاف الوطن والجنسية، وتصح وصية المسلم لغير المسلم وبالعكس. كما تصح وصية اليهودي للمسيحي، والكاثوليكي للبروستانتي وبالعكس، لأن الوصية صلة والتواصل مشروع في جميع الأديان.

فإذا كان الموصي والموصى له في بلد إسلامي واحد أو في بلدين إسلاميين صحت الوصية من غير قيد، لأن الدار متحدة حقيقة أو حكماً. ومثلها في ذلك إذا كان الموصى له مسلماً تابعاً لدولة غير إسلامية والموصي غير مسلم في بلد إسلامي لاتحاد الدار حكماً، لأن المسلم تابع للوطن الإسلامي مهما كان وطنه.

أما إذا كان الموصى له غير مسلم يتبع دولة غير إسلامية والموصى يتبع دولة إسلامية سواء أكان مسلماً أم غير مسلم . فإن الوصية لا تصح إلا إذا كان قانون الدولة التي يتبعها الموصى له تبيح الوصية لمن كان في بلد الموصى .

والمذكرة التفسيرية تعلل صحة الوصية مع اختلاف الدين بأنها تحقق المساواة بين المسلمين وغيرهم . مستندة في ذلك إلى مذهب الحنفية . كما صرحت بأن عدم الصحة في الصورة الأخيرة عند فقد شرطها اقتضاه تحقيق المساواة أيضاً والمعاملة بالمثل ، ثم أسندت عدم الصحة لما روى عن أبي حنيفة وأبي يوسف .

ونحن إذا رجعنا لمذهب الحنفية وجدناه لا يبيح الوصية للحربي في دار الحرب مطلقاً ، وأن الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف إنما هي في الوصية للمستأمن وهو من دخل دار[1] الإسلام بأمان لعيش فيها فترة محدودة من الزمن ، وهذه الرواية لم تقيد صحة الوصية بقيد من القيود ، فلو طبقنا القانون على ما جاء في المذكرة التفسيرية لكان معناه أن وصية المسلم الذي يعيش في دار الحرب لا تصح بأي وجه من الوجوه ، وأن وصية المستأمن في دارنا تصح إذا ما توفر فيها الشرط الذي جاء به القانون ، والقانون بمنطوقه ومفهومه لا يتفق مع هذا ، لأن عبارته مطلقة فكان الأولى لواضع المذكرة التفسيرية أن يسند جواز الوصية عند اختلاف الدين مطلقاً إلى غير مذهب الحنفية من المذاهب التي لا تفرق بين ذمي وحربي ومستأمن وغير مستأمن ، ويجعل الصورة الأخيرة مستثناة من أجل المعاملة بالمثل . وفي مذهب الحنفية ما يصلح سنداً لهذا المنع ،

---

(١) المراد بالبلد الاسلامي ـ كما جاء بالمذكرة التفسيرية ـ ما كان تحت حكم المسلمين أو كانت تحت حكم غيرهم وكانت شعائر الاسلام كلها أو غالبها مقامة فيه ، لأن دور الاسلام كلها واحدة ليس بين تابعيها اختلاف دار.

وبذلك يكون الحكم عاما للحربي في داره، والمستأمن في دارنا، ويتفق مع ما سبق[1] من بيانه لوصية غير المسلم، فإنه أراد به هناك ما يعم الحربي في داره والأجنبي في دار الإسلام.

تلك هي الشروط الواجب توافرها في الموصى له لتصح الوصية وتنفذ في نظر الفقهاء والقانون، ومنها يبين لنا أنها تصح للموجود وللمعدوم من الأشخاص والجهات، وللطائفة التي يدخل أفرادها تحت الإحصاء والذين لا يحصون. كما تصح للمسلم وغير المسلم وللوارث ولغير الوارث.

وما قدمناه لم يفصل أحكام كل هذه الأنواع، بل جاء بعضها مجملا يتطلب الإيضاح والتفصيل كالوصية للمعدوم وللحمل وا جهات، ولمن يحصون ومن لا يحصون.

وهذا هو البيان.

الوصية للمعدوم:

يراد بالمعدوم هنا من لم يكن موجوداً وقت إنشاء الوصية وكان ممكن الوجود في المستقبل، سواء وجد عند وفاة الموصى أو لم يوجد، ولا يراد به من كان موجوداً ثم انعدم، لأن الوصية لشخص كذلك لا تصح في نظر القانون[2] كما يراد بالموجود ما يعم الموجود بالذات كأحمد بن فلان، وبالوصف كالفقراء من أهل هذه البلدة، أو ذرية فلان، أو من طلبة هذه المدرسة.

وقد قدمنا أن الوصية لمعين بالإسم أو الإشارة لا تصح إلا للموجود، بل لا

---

(١) في المذكرة التفسيرية عند الكلام على المادة الثالثة و وغير المسلم في المادة شامل للوطني والأجنبي في دار الإسلام وللحربي في دار الحرب.

(٢) هذا وإن كان مذهب المالكية الذي استمد منه القانون أحكام الوصية للمعدوم يجوز الوصية للميت بشرط أن يكون الموصي عالماً بموته، كما سبق عند الكلام على شرط كونه موجوداً.

تتصور إلا لموجود، كما أن الوصية لمعين بالوصف. كفقراء هذه البلدة، أو أولاد فلان، أو طلبة الجامعة التي لم تنشأ بعدما تصح مع عدم وجود الموصى له عند إنشاء الوصية، فإذا مات الموصى وكان الموصى له موجوداً بقيت الوصية صحيحة تطلب النفاذ - لا نعلم في ذلك خلافاً بين الفقهاء، ولكن **الخلاف بينهم فيما إذا لم يكن الموصى له موجوداً عند الوفاة.**

فالجمهور على أن الوصية تبطل ولا تنقلب صحيحة بوجوده فيما بعد، فلو أوصى لمن سيولد لفلان ثم مات الموصى قبل أن يولد له بطلت الوصية ولا تعود بوجود مولود له بعد ذلك، لأن الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت، والتمليك لا يكون للمعدوم كما في الميراث، فإن شرطه وجود الوارث وقت موت المورث.

وخالف المالكية في ذلك وقالوا بصحة الوصية للمعدوم سواء وجد الموصى له عند وفاة الموصى أو لم يوجد. ففي الصورة السابقة لا تبطل الوصية بمجرد الموت، بل تبقى صحيحة إلى أن يتحقق اليأس من وجود الموصى لهم. كأن يموت الشخص الموصي لأولاده عقيماً، فما دام الأمل في الوجود قائماً تبقى الوصية قائمة.

قرر المالكية ذلك مع مخالفته لقاعدة التمليك تيسيراً على الناس وتحقيقاً لمصالحهم في أمر الوصية التي شرعت في أصلها على خلاف القواعد براً بالمحتاجين، وجبراً لما فات الإنسان في حياته من عمل الخير، وما وقع منه من تقصير.

وقانون الوصية لم يلتزم مذهباً بعينه في تقرير أحكامه، بل وجدناه يسير مع أيسر المذاهب وأقربها إلى تحقيق مقاصد الناس، ولذلك سار في هذا الموضع مع مذهب المالكية وجوز الوصية للمعدوم، سواء أكانت له وحده، كالوصة

لمن سيولد لفلان، أم له مع موجود محضور، كأن يوصي لأولاده شخص معين من وجد منهم ومن يولد في المستقبل. وسواء وجد الموصى لهم عند وفاة الموصى كلهم أو وجد بعضهم، أو لم يوجد منهم أحد، ولا يمتاز في نظره من كان موجوداً وقت الوفاة على من وجد بعدها. قرب زمن وجوده أو طال.

أجاز الوصية له بالأعيان والمنافع، وفصل أحكامها في المواد ٢٦، ٢٧، ٢٨، ٢٩[1]. ولم يستثن من هذا الجواز إلا إذا كانت الوصية بالمنافع للطبقات

---

(١) ونصها مادة ٢٦ «تصح الوصية بالأعيان للمعدوم ولما يشمل الموجود والمعدوم ممن يحصون. فإن لم يوجد أحد من الموصي لهم وقت موت الموصي كانت الغلة لورثته، وعند اليأس من وجود أحد من الموصى لهم تكون العين الموصي بها ملكاً لورثة الموصي.

وإن وجد أحد من الموصى لهم عند موت الموصي أو بعده كانت الغلة له إلى أن يوجد غيره فيشترك معه فيها، وكل من يوجد منهم يشترك فيها مع من يكون موجوداً وقت ظهور الغلة إلى حين اليأس من وجود مستحق آخر فتكون العين والغلة للموصى لهم جميعاً، ويكون نصيب من مات منهم تركة عنه.

مادة ٢٧ ـ «إذا كانت الوصية لمن ذكروا في المادة السابقة بالمنافع وحدها ولم يوجد منهم أحد عند وفاة الموصي كانت لورثة الموصي.

وإن وجد مستحق حين وفاة الموصي أو بعدها كانت المنفعة له ولكل من يوجد بعد من المستحقين إلى حين انقراضهم فتكون المنفعة لورثة الموصي، وعند اليأس من وجود غيرهم من الموصى لهم ردت العين لورثة الموصي».

مادة ٢٨ ـ إذا لم يوجد من الموصى لهم غير واحد انفرد بالغلة أو العين الموصي بها إلا إذا دلت عبارة الموصي أو قامت قرينة على أنه قصد التعدد، ففي هذه الحالة يصرف للموصى له نصيبه من الغلة ويعطي الباقي لورثة الموصي، وتقسم العين بين الموصى له وورثة الموصي عند اليأس من وجود مستحق آخر.

مادة ٢٩ ـ إذا كانت الوصية بالمنافع لأكثر من طبقتين فلا تصح إلا للطبقتين الأوليين، فإذا كانت الوصية مرتبة الطبقات يكون استحقاق الطبقة الثانية عند اليأس من وجود أحد من أهل الطبقة الأولى أو انقراضهم واليأس من وجود غيرهم مع مراعاة الأحكام الواردة في المادتين السابقتين.

وإذا انقرضت الطبقتان كانت العين تركة إلا إذا كان أوصي بها أو ببعضها لغيرهم

فإنها لا تصح لما زاد عن الطبقتين الأوليين. كما جاء في مطلع المادة ٢٩ .

وهذا إجمال لا غناء فيه عن التفصيل، لأن الوصية للمعدوم إما أن تكون بالأعيان أو بالمنافع، وفي كل منهما إما أن يكون الموصى له واحداً أو أكثر من واحد، وفي الحالة الثانية قد يوجد واحد فقط، كما إذا أوصى لمن يولد لفلان ولم يولد له إلا ولد واحد، وقد يكون أكثر من واحد، وهؤلاء قد يموت بعضهم قبل وجود باقي الموصى لهم، وقد يبقى الكل على قيد الحياة.

فإذا كانت الوصية بالأعيان وكان الموصى له واحداً فقط. كما إذا أوصى بدار معينة للولد البكر من ذرية فلان، فإنه إذا ولد ذلك الولد ملك الدار « رقبتها ومنفعتها » ملكاً تاماً، وقبل وجوده تكون غلة الدار لورثة الموصي، لأن هؤلاء بعرضية أن يكونوا ملاكاً للعين إذا لم يوجد الموصى له بأن حصل اليأس من وجوده، أو وجد ورد الوصية.

وإذا كان الموصى له أكثر من واحد، كما إذا قال: أوصيت بهذه الدار لمن يولد لفلان، فان ملكية العين لا تثبت للموصى لهم إلا إذا وجدوا على الوصف الذي أراده الموصي وهو جميع أولاد فلان، وهذا لا يتحقق إلا عند اليأس من زيادتهم وذلك بموت فلان هذا، أو حصول مانع يمنع من أن يولد له.

وقبل أن يتحقق ذلك يكون لمن وجد من الموصى لهم غلة تلك العين واحداً كان أو أكثر، فإن لم يوجد واحد منهم، أو وجد ومات ولم نقطع الرجاء في وجود غيره كانت الغلة لورثة الموصى حتى يوجد من يستحقها فترد له.

فإذا أوصى لمن يولد لأخيه، فإن الموجود من أولاد أخيه عند وفاته يستحق غلة العين الموصى بها واحداً كان أو أكثر. تقسم بينهم حسب الشرط، أو بالتساوي إذا لم يوجد شرط من الموصي بكيفية التوزيع، وكلما ولد لذلك الأخ ولد شارك الموجودين في تلك الغلة حتى يقع اليأس من زيادتهم بموته، أو

بغيره من الأسباب، وحينئذ تثبت ملكية العين لهم وتقسم بينهم بالتساوي على عدد الرؤوس، أو حسب الشرط إن وجد، فإذا كان الكل موجوداً فالأمر ظاهر، وإن كان بعضهم مات قبل موت أبيه فإن القسمة تكون على جميع الأحياء والأموات على الوجه السابق، فما أصاب الحي أخذه وما أصاب الميت كان تركة يقسم بين ورثته قسمة الميراث.

فإذا مات الكل قبل أبيهم وقبل اليأس من زيادتهم فإن العين ترجع إلى ورثة الموصى. أما إذا حصل يأس من زيادتهم، كأن ثبت بالدليل أنه لا يلد بسبب مرض مثلا فان الملك يثبت لهم وتقسم عليهم العين، فاذا ماتوا بعد ذلك ولو قبل أبيهم صارت ميراثاً لورثتهم ولا ترد لورثة الموصى.

وإذا كانت الوصية بالمنفعة وحدها تكون ملكية الرقبة لورثة الموصى من أول الأمر يملكونها ملكا ناقصاً حتى ينتهي أمر الوصية فتصبح مملوكة لهم ملكاً تاماً «رقبة ومنفعة»، وليس للموصى له في فترة الوصية إلا المنفعة وهي عادة تكون محدودة. إما بطول حياتهم، أو بعدد من السنين - يستحقها من وجد منهم واحداً كان أو أكثر، وكلما وجد شخص منهم شارك الموجودين في استيفائها حسب شرط الموصى أو بالتساوي على عدد الرؤوس.

فاذا لم يوجد أحد من الموصى لهم كانت ملكية المنفعة لورثة الموصي تبعاً لملكيتهم للرقبة. وكذلك إذا وجدوا وانقرضوا ولم يكن الموضى جعلها وصية لغيرهم، وهكذا في كل صورة لا يوجد مستحق من الموصى لهم تصير لورثة الموصى حتى تنقضي فترة الوصية فتصبح مملوكة لهم ملكاً مستقراً لا تنتقل إلا بسبب ناقل للملكية.

وإذا مات بعض الموصى لهم وبقي البعض الآخر فإن الاستحقاق يكون لمن يبقى منهم فيعاد تقسيمها عليهم ما لم يوجد في الوصية ما يفيد خلاف ذلك،

كأن يقول الموصى في وصيته: ومن مات من الموصى لهم يصرف نصيبه لفلان مدة حياته أو يعود إلى أولادي.

ومما تجب ملاحظته هنا أن الحكم باستحقاق الواحد لكل الغلة في حالة الوصية بالمنفعة واستحقاقه للعين كلها في حالة الوصية بالأعيان مقيد بعدم[1] وجود نص أو قرينة تدل على أن الموصي قصد بوصيته التعدد. فإن وجد شيء من ذلك أعطى الموجود نصيبه ورد الباقي إلى ورثة الموصي.

فلو قال الشخص في وصيته: أوصيت بغلة هذه الأرض لأولاد فلان أو لمن سيولد له تقسم بينهم بالتساوي، أو تقسم بينهم قسمة الميراث: فإن هذا يدل على أن مقصوده التعدد لا الواحد، فلا يستحق كل الغلة إلا متعدد، لأن مقصوده الوصية للجمع، وأقله في الوصية[2] اثنان، لأنها أخت الميراث أو شبيهة به، وهو فيه كذلك.

فإذا وجد إثنان في هذه الوصية استحقا كل الموصى به سواء كان عيناً أو منفعة، وإذا وجد واحد فقد استحق النصف، وكان الباقي لورثة الموصي.

الوصية بالمنافع للطبقات:

والوصية بالمنفعة كما تصح للأفراد تصح للطبقات سواء رتبها. كأن يوصي لأولاد أخيه محمد ثم من بعدهم لأولادهم، أو لم يرتبها كأن يوصي لأولاد أخيه ولأولادهم، ويتبع الشرط الذي شرطه الموصي لكن يقتصر على طبقتين اثنتين

---

(١) كما صرحت بذلك المادة ـ ٢٨ ـ وجاء في المذكرة التفسيرية « إذا لم يوجد إلا واحد عند وجود الغلة أو عند اليأس من تزايد أحد استحق كل الغلة في الوصية بالمنفعة واستحق العين الموصي بها في الوصية بالأعيان، وهذا إذا لم يوجد نص او قرينة تدل على أن الموصي قصد بوصيته متعدداً، ففي هذه الحالة يأخذ الموصى له حصته من الوصية.

(٢) راجع البدائع جـ ٧، ص ٣٤٢، ٣٤٨، وكتب الأصول في بحث أقل الجمع.

فقط من ذرية الموصى له، وتبطل الوصية لمساعداهما.

وقد استند القانون في جواز الوصية بالمنافع للمعدوم لمذهب المالكية، واستند في منعها لما زاد عن طبقتين لمذهب ابن أبي ليلى - كما جاء بالمذكرة التفسيرية - لأنه يمنع الوصية بالمنافع مطلقاً.

والسبب في هذا التلفيق أن واضعي القانون وجدوا في هذه الحالة أن الذرية الموصى لها كثيراً ما تتكاثر حتى يقل نصيب كل فرد من الغلة بحيث لا يكون فيه غناء فلا يلتفت صاحبه إلى المطالبة به. الأمر الذي يجعل القائمين على أمر الوصية يهملونها أو يستغلونها لحسابهم.

وشيء آخر أراده المشرع هو إيجاد التوافق بين قانون الوصية وقانون[1] الوقف الذي صدر قبله وقيد الوقف على الذرية بطبقتين فقط للشبه الكبير بين الوصية بالمنافع والوقف.

فإذا كانت هذه الوصية مرتبة الطبقات، كأن يقول: أوصيت بغلة هذه الدار لأولاد فلان، ثم من بعدهم لأولادهم تكون الغلة للطبقة الأولى تقسم بينهم حسب شرط الموصي إن وجد، أو بالتساوي على عدد الرؤوس.

---

(١) جاء في المادة الخامسة منه «أما الوقف على غير الخيرات فلا يكون إلا مؤقتاً ولا يجوز على أكثر من طبقتين، ويعتبر الموقوف عليهم طبقة واحدة إذا عينهم الواقف بالاسم حين الوقف ورتب بينهم أو لم يرتب، وإن كانوا غير معينين بالاسم اعتبر كل بطن طبقه: ولا يدخل الواقف في حساب الطبقات.

وعلى هذا إذا أوصى لفلان وفلان ثم لأولاد فلان كانت الطبقة الأولى هي فلان وفلان المعينين بالاسم.

قد يقال إن الوقف على الذرية قد ألغاه المشرع الوضعي بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ فأصبح الوقف على الطبقات غير قائم فما الداعي إذاً لتقييد الوصية؟ وجوابنا على هذا: إنه وإن زال السبب الثاني فلا يزال السبب الأول وهو قلة الأنصباء المؤدي إلى الإهمال قائماً.

فإذا وجد بعض أفراد هذه الطبقة استحق كل الغلة، وكلما وجد واحد شارك الموجودين فيها، وإذا مات أحدهم يرد نصيبه على الباقين من أهل هذه الطبقة ما لم يوجد شرط للموصى بغير ذلك، ولا يستحق أحد من الطبقة الثانية مع وجود فرد من هذه الطبقة.

فإذا انقرضوا جميعاً ووقع اليأس من وجود أحد منهم انتقل الاستحقاق لأهل الطبقة الثانية، ويكون الاستحقاق والتقسيم كما قررناه في الأولى.

فإذا انقرض هؤلاء جميعاً ووقع اليأس من وجود أحد منهم ثبت الحق لورثة الموصى.

وإذا لم تكن مرتبة الطبقات، كأن يقول: أوصيت بغلة هذه الأرض لأولاد فلان وأولادهم، فإن الغلة توزع بعد موت الموصى على الموجود من هؤلاء جميعاً، وكلما وجد أحد من أهل الطبقتين شارك الموجودين، ومن يموت منهم يرد نصيبه على الباقين، ولا ينتقل الاستحقاق إلى ورثة الموصى إلا إذا انقرض أهل الطبقتين جميعاً، ويقع اليأس من وجود أحد منهم.

الوصية للحمل:

الوصية للحمل جائزة في نظر الفقهاء ـ لا نعلم في ذلك خلافاً ـ لأنها استخلاف من وجه، والموصي يجعل الموصى له خليفة في بعض ماله، والجنين يصلح خليفة في الإرث: فكذا الوصية. إذ هي أخت الميراث. غير أنها ترتد بالرد لما فيها من معنى التمليك الاختياري، بل إن الوصية أوسع في باب الخلافة من الميراث ـ كما يقول ابن قدامة ـ[1] فإنها تصح للمخالف في الدين والعبد بخلاف الميراث.

---

(١) المغنى جـ ٦ ص ٥٧ وراجع أيضاً تبيين الحقائق للزيلعي جـ ٦ ص ١٨٦.

لكن صحة هذه الوصية ونفاذها موقوف على توفر شروط ثلاثة:

١ ـ أن يكون الحمل الموصى له موجوداً وقت إنشاء الوصية، فإن تبين أنه لم يكن موجوداً بطلت الوصية له.

٢ ـ أن يولد حياً باتفاق الفقهاء. وإن اختلفوا في نوع الحياة. فمنهم من يكتفي بمطلقها. وهم الحنفية حيث قالوا: يكفي ولادة أكثره حياً لأن للأكثر حكم الكل. والأئمة الثلاثة يشترطون حياة تامة مستقرة. بمعنى أنه يولد كله حياً حياة متيقنة[١].

٣ ـ أن يوجد على الصفة التي أرادها الموصى، فإذا عينه حين الوصية منسوباً إلى شخص معين، كأن يقول: أوصيت بكذا لحمل فلانة من فلان. فلا يستحق الموصى له الوصية إلا إذا ثبت نسبه من ذلك الشخص المعين.

والقانون لم يخرج عما قرره الفقهاء في جملته، وإن خالف في بعض التفاصيل كما هو موضح بالمادة[٢] ٣٥.

---

(١) وهذا الخلاف يجري في الميراث أيضاً فإن الجنين لا يرث عند غير الحنفية إلا إذا ولد حياً حياة مستقرة، والحنفية يكتفون بولادة أكثره حياً.

(٢) ونصها تصح الوصية للحمل في الأحوال الآتية:

١ ـ إذا أقر الموصي بوجود الحمل وقت الوصية وولد حياً لخمسة وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الوصية.

٢ ـ إذا لم يقر الموصي بوجود الحمل وولد حياً لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من وقت الوصية ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية اذا ولد حياً لخمسة وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة.

وإذا كانت الوصية لحمل من معين اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه من ذلك المعين. وتوقف غلة الموصي به إلى أن ينفصل الحمل حياً فتكون له.

توضيح هذه الشروط

أما الشرط الأول: فقد عرفنا أن الفقهاء متفقون على أن الوصية لمعين بالإسم أو بالإشارة لا تصح إلا إذا كان موجوداً حين إنشاء الوصية، ويستمر وجوده لما بعد وفاة الموصى، فان اختل شيء من ذلك بطلت الوصية وبه أخذ القانون. كما وضحناه من قبل.

ولما كانت الوصية للحمل في غالب صورها لا تقع إلا لحمل معين. كأن يقول أوصيت لحمل فلانة من فلان، أو لحمل هذه المرأة شرط الفقهاء لصحتها وجوده حين الوصية بأن يعلم أو يظن ذلك بعد ولادته، ويتحقق هذا بولادته في مدة معينة تختلف باختلاف الأحوال، ففي بعضها لا بد أن يولد في أقل مدة للحمل، وفي بعضها الآخر لا يشترط ذلك. بل يكفي ولادته في مدى أكثر مدة للحمل، فإن زادت المدة في كلتا الحالتين بطلت الوصية.

والفقهاء مختلفون في تحديد أقل مدة الحمل وأكثرها. قلهم في أقلها رأيان.

فالجمهور يرى أن أقلها ستة أشهر. قالوا ذلك استنباطاً من مجموع آيتين من كتاب الله. الأولى قوله تعالى في سورة لقمان ـ ١٤ ـ ﴿ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهناً على وهن وفصاله في عامين﴾.

والثانية قوله تعالى في سورة الأحقاف ـ ١٥ ـ ﴿ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه كرهاً ووضعته كرهاً وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾.

فدلت الآية الأولى على أن الفصال ـ الفطام ـ في عامين كما دلت الثانية على أن مجموع مدة الحمل والفصال ثلاثون شهراً، فإذا أسقطنا من المجموع مدة الفصال بقي للحمل ستة أشهر.

لكن يلاحظ أنهم قصدوا بذلك أن أقل مدة للحمل التي يولد بعدها حيا

تام الخلقة هي ستة أشهر[1] فاذا ولد دونها ولد ناقصاً أو ميتاً . ولم يريدوا به أنها أقل مدة يولد ويعيش بعدها . لأن الواقع يخالفه . فالمشاهد المعروف ان الولد لا يعيش في الغالب إلا إذا ولد بعد تسعة أشهر . وقلما يعيش إذا ولد قبلها .

وذهب البعض إلى أنها تسعة أشهر هلالية . وهو قول للحنابلة . وبه قال ابن تيمية استناداً للغالب الأعم .

والقانون أخذ بهذا الرأي الأخير تمشياً مع المشاهد المعروف . لكنه اعتبر الشهور بالأيام فقدرها بسبعين ومائتي يوم .

وأما أكثرها فقد اختلفوا فيه اختلافاً كثيراً[2] يرجع في أصله إلى عدم وجود نص من القرآن أو السنة يشير إلى ذلك فاضطروا إلى بناء آرائهم على مجرد أخبار الآحاد من الرجال والنساء بالحالات النادرة التي تأخرت فيها الولادة عن وقتها المعتاد . فكل واحد بنى حكمه على ما سمعه من أخبار بأن حملا معيناً مكث كذا سنة .

---

(١) جاء في شرح السراجية في مبحث ميراث الحمل ص٣١٦ : وأقلها ستة أشهر بالاتفاق . لما روي أن رجلاً تزوج امرأة فولدت لستة أشهر فهم عثمان رضي الله عنه برجمها فقال ابن عباس : إنها لو خاصمتك بكتاب الله لخصمتك إذ قال الله تعالى ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾ وقال ﴿وفصاله في عامين﴾ فإذا ذهب عامان للفصال لم يبق للحمل إلا ستة أشهر فدرأ عثمان عنها الحد وأثبت النسب من الزوج ، وروى مثله عن علي ، وفي حديث ابن مسعود : ان الولد بعدما مضى عليه أربعة أشهر ينفخ فيه الروح وبعدما ينفخ يتم خلقه في شهرين ، وحينئذ يتحقق انفصاله مستوى الخلق لستة أشهر ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب الطلاق . ا هـ .

(٢) فقيل تسعة أشهر . وهو قول داود الظاهري ، وقيل سنة هلالية وهو قول محمد بن عبد الحكم المالكي ، وقيل سنتان ، وهو مذهب الحنفية ، وقيل ثلاث سنين وهو مذهب الليث بن سعد ، وقيل أربع سنين . وإليه ذهب الشافعي وهو أصح الروايتين عن أحمد وقول لمالك وقيل خمس سنين وهو مشهور مذهب مالك ، وقيل سبع سنين ، وهو قول بعض أصحاب مالك .

والقانون أخذ برأي محمد بن عبد الحكم الفقيه المالكي المصري. وهو أن أكثرها سنة. إلا أنه خالفه فجعل السنة الشمسية ومدتها ٣٦٥ يوماً بناء على ما قرره الطبيب الشرعي حينذاك. واحتياطاً من المشرع ليشمل الحالات النادرة.

إذا عرفنا ذلك نعود إلى أصل الموضوع فنقول:

إن الموصي إما أن يكون مقراً بوجود الحمل وقت الوصية أو لا. والموصى لحملها إما أن تكون معتدة من وفاة أو طلاق بائن أولا بأن تكون زوجة حقيقية أو حكماً كالمعتدة من طلاق رجعي أو خالية من الأزواج وعدتهم. وعلى كل إما أن ينسب الموصي الجمل إلى شخص معين كأن يقول: أوصيت لحمل هذه المرأة من فلان أو لا ينسبه إلى شخص معين بأن يطلق في كلامه فيقول: أوصيت لحمل هذه المرأة.

فالقانون فصل أحكام هذه الحالات في المادة ـ ٣٥ ـ ولكنه لم يخل من الإبهام في بعض الأحكام، وظاهر هذه المادة يفيد أن الموصي إذا كان مقراً بوجود الحمل عند الوصية فانه يستحقها إذا وَلَدَ حياً لخمسة وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الوصية سواء كانت الحامل زوجة حقيقية أو حكما بأن كانت مطلقة رجعياً أو كانت معتدة من طلاق بائن أو من وفاة لأنها مطلقة في فقرتها الأولى ونصها:

« إذا أقر الموصي بوجود الحمل وقت الوصية وولد حياً لخمسة وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الوصية ».

ولأن هذا الاقرار صحيح حيث لا تهمه فيه فيؤخذ المقر به هو وورثته من بعده، فإذا أتت به لأكثر من سنة لا يستحق الوصية، ولا يلتفت إلى هذا الإقرار لأن الواقع يكذبه حيث تبين أنه وهم وأن العلوق كان بعد الوصية.

أما إذا لم يكن مقرا بوجوده عند الوصية فانه يستحقها إذا ولدته لسبعين

ومائتي يوم فأقل من وقت الوصية إلا إذا كانت الحامل وقت الوصية معتدة من طلاق بائن أو وفاة فانه يستحقها إذا ولدته لخمسة وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الموت أو الفرقة كما هو صريح صدر الفقرة الثانية من تلك المادة ونصها:

« إذا لم يقر الموصي بوجود الحمل وولد حياً لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من وقت الوصية ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية إذا ولد حياً لخمسة وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الموت أو الفرقة.

وهذا يفيد أنه يستحقها في الحالة الأخيرة ولو كانت المدة بين الوصية والولادة أكثر من سبعين ومائتي يوم، لأن وجوده في وقت الوصية ثابت حكماً حيث نحكم بثبوت نسبه من أبيه في هذه الحالة، فالحكم بثبوت نسبه يستلزم الحكم بوجوده في بطن أمه وقت الفرقة أو الطلاق، وإنما خالفت هذه الصورة سابقتها في الحكم لأن العلوق في حالتي الطلاق البائن أو الموت يضاف إلى أبعد الأوقات للاحتياط في ثبوت النسب لمصلحة الولد، وحملاً لحالة المرأة على الصلاح بخلاف ما إذا كانت زوجة حقيقة أو حكماً أو خالية من الأزواج وعدتهم فانه يضاف العلوق فيها إلى أقرب الأوقات ما دام ممكناً[1].

ثم أن ظاهر هذا الجزء من المادة يفيد أن معتدة الوفاة أو الفرقة البائنة إذا

---

(١) راجع الزيلعي وحاشية الشلبي عليه ج٦ ص١٨٦، والمغنى ج٦ ص٥٦، وتحفة المحتاج بشرح المنهاج جـ ٧ ص ٨ وما بعدها، والمذكرة التفسيرية لقانون الوصية ومن تتبع كلام الفقهاء يجدهم فرقوا بين صورة إقرار الموصي وصورة عدم إقراره كما فرقوا في الأخيرة بين كون المرأة فراشاً وكونها معتدة لوفاة أو فرقة بائنة وليس هناك فرق بين كلامهم وبين ما سار عليه القانون إلا في اعتبارهم أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها على الخلاف كما يلاحظ أن الحنفية والشافعية يصححون الوصية في حالة كون المرأة فراشاً إذا أتت به لأقل من ستة أشهر، فلو أتت به لتمام السنة لا تصح والحنابلة يجعلون تمام الستة أشهر كالأقل منها.

ولدته لسبعين ومائتي يوم من وقت الوصية استحق الحمل الوصية وإن كان بين الولادة وبين الموت أو الفرقة أكثر من خمسة وستين وثلثمائة يوم.

وهذا الظاهر غير مراد على اطلاقه بل ينبغي أن يقيد بما إذا أطلق الموصي في كلامه بأن قال: أوصيت لحمل هذه المرأة دون أن ينسبه إلى صاحب العدة. أما إذا نسبه إليه بأن قال: أوصيت لحمل هذه المرأة: من فلان فلا بد لصحة الوصية عند ذلك من ثبوت الحمل من فلان، ولا يثبت نسبه منه في هذه الحالة إلا إذا أتت به لسنة فأقل من وقت الموت أو الطلاق البائن كما يؤخذ من المادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩[1] يدل لذلك ما جاء في آخر المادة ٣٥ من قانون الوصية حيث تقول: «وإذا كانت الوصية لحمل من معين اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه من ذلك المعين».

وأما الشرط الثاني: وهو أن يولد حياً فقد أخذ القانون فيه بغير مذهب الحنفية، فشرط أن يولد كله حياً حياة مستقرة، أي متيقنة غير مشكوك فيها فإذا ولد ميتاً ولو بجناية أو ولد حياً حياة مشكوكاً فيها أو غير مستقرة بطل استحقاقه وكان الموصى به لورثة الموصي.

وتثبت الحياة المستقرة بوجود الأعراض الظاهرة للحياة. كالبكاء والعطاس وتحرك الأعضاء، فان لم توجد هذه الأعراض يرجع إلى رأي أهل الخبرة من الأطباء الشرعيين للتحقق من أن الجنين ولد حياً حياة مستقرة.

أما الشرط الثالث: فواضح لأن الموصي قصد حملا معيناً منسوباً إلى شخص معين، فاذا لم يثبت نسبه لم يكن هو الموصى له فتبطل الوصية، لأنها

---

(١) ونصها «لا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفي عنها زوجها اذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة»

تمليك، وهو لا يثبت إلا لمن عينه المملك.

فإذا توفرت هذه الشروط ملك المولود الموصى به كله ذكراً كان المولود أم أنثى ما دام لم يوجد في كلام الموصي ما يخالف ذلك.

هذا إذا كان واحداً، **أما إذا تعدد بأن ولدت** أكثر من واحد في وقت واحد أو في وقتين بينهما أقل من ستة أشهر كانت الوصية بينهم متى توفر في كل منهم الشروط السابقة، وظلوا على قيد الحياة، **فتقسم بينهم بالتساوي لا فرق بين الذكر والأنثى ما لم** ينص الموصي على وجه آخر من التقسيم فيتبع ما نص عليه.

فاذا مات أحد هؤلاء بعد ولادته حيا حياة مستقرة كان نصيبه في الوصية بالأعيان لورثته لأنه ملكه ملكاً تاماً فينتقل إليهم بطريق الخلافة، وإذا كانت الوصية بالمنافع كان نصيبه لورثة الموصي، لأن الوصية بالمنافع لشخص معين تنتهي بموته فتعود إلى من يؤول ملك العين إليه ما لم ينص الموصى علي جعلها لغيره.

أما إذا ولد أحدهم ميتاً، أو ولد حياً حياة غير مستقرة فانه يفرض عدم وجوده وتكون الوصية للباقي واحداً كان أو أكثر سواء أكانت بالمنافع أم بالأعيان.

جاءت هذه الأحكام في المادة - ٣٦[1] - على وفق مذهب الحنفية.

الوصية للجهات

الوصية لجهة من الجهات التي تكون منفعتها عامة جائزة في نظر الفقهاء،

---

(١) ونصها « إذا جاءت الحامل في وقت واحد أو في وقتين بينهما أقل من ستة أشهر بولدين حيين أو أكثر كانت الوصية بينهم بالتساوي إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك.
وإن انفصل أحدهم غير حي استحق الحي منهم كل الوصية.
وإن مات أحد الأولاد بعد الولادة كانت حصته بين ورثته في الوصية بالأعيان وتكون لورثة الموصي في الوصية بالمنافع.

فتصح الوصية لمسجد أو مصحة أو معهد أو جامعة او ملجـ ,ر سواء كان الموصى له معيناً أو غير معين، وسواء أكان الموصى به عيناً أو منفعه حدد وقته أو لم يحدده.

ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك كله إلا ما نقل من اختلافهم فيما إذا أوصى بعين لجهة من تلك الجهات ولم يصرح في وصيته بالسبب الذي من أجله أوصى كالصرف على مصالح الجهة، أو الإنفاق منها على عمارتها أو ما شاكل ذلك.

فإن أبا حنيفة يرى عدم صحة هـذه الوصيـة لأن ظـاهـرهـا التمليـك، والمساجد وأشباهها ليست أهلا له، ولقد تابعه تلميذه أبو يوسف في هذا الرأي. كما نقله غير واحد من فقهاء الحنفية[1].

وأصحاب المذاهب الأخرى يذهبون إلى صحة هذه الوصية المطلقة التي لم يعين فيهـا فيها السبب. كأن يقول: أوصيت بداري هذه للمسجد مثلا، ولا يمنع من صحتها إفادتها التمليك، لأن هذه الجهات في نظرهم أهل للتمليك ولو في باب الوصية[2].

ولقد وافق محمد بن الحسن تلميذ أبي حنيفة الأئمة الآخرين في القول بصحة الوصية المطلقة للجهات، ولكن بعلة أخرى، وهي حمل كلام الموصي على

---

(١) راجع البحر الرائق جـ ٨ ص ٤٧١، ورد المحتار لابن عابدين جـ ٥ ص ٦٥٣، ص ٦٧٢.

(٢) جاء في كتاب الشرح الكبير وحواشيه جـ ٤ ص ٤٢٦ «وصح الإيصاء لمسجد ونحوه لصحة تملكه بالوصية بخلاف الحيوان والحجر مثلاً فلا تصح له»، وفي تحفة المحتاج بشرح المنهاج للشافعية جـ ٧ ص ١٣.

«وتصح الوصية لعمارة نحو مسجد ولمصالحه. وكذا إن أطلق في الأصح بأن قال: أوصيت به للمسجد وإن أراد تمليكه لما مر في الوقف أنه حر يملك أي ينزل منزلته، وتحمل الوصية حينئذ على عمارته ومصالحه ولو غير ضرورية عملاً بالعرف ويصرفه الناظر للأهم والأصلح باجتهاده» ا هـ.

إرادة المصالح لا على ظاهره من إرادة التمليك تصحيحاً لكلامه.

والقانون جرى على الرأي الثاني وهو جواز الوصية للجهات مطلقاً، عين السبب أولا، سواء عين جهة خاصة أولا، فيستوي قوله: أوصيت لمسجد البلدة أو لملجئها وقوله: أوصيت بهذه العين للمسجد أو الملجأ، وسواء عين طريقة الصرف أو لم يعينها.

فإذا عين طريقة الصرف بأن قال: يصرف في العمارة، أو في المصالح أو على المرضى، أو للطلاب المحتاجين مثلا وجب اتباع هذه الطريقة التي عينها والسير على وفق شرطه ما لم يتعارض ما قرره في وصيته مع ما قرره القانون من أحكام. أو يتنافى مع مقاصد الشريعة.

فإذا لم يعين الموصي طريقة خاصة. فإن وجد عرف خاص في ذلك اتبع ما جرى به العرف، كما لو أوصى للجامع الأزهر فإن العرف جرى على أن المال الموصى به يصرف لطلابه، وإذا أوصى بجزء من ماله لدار الكتب، أو لمكتبة البلدية بالاسكندرية، فإن العرف يصرفه إلى شراء الكتب أو للمحافظة عليها.

فإن لم يوجد شرط ولا عرف صرف فيما يعتبر الصرف فيه صرفاً لهذه الجهة، فالوصية للمسجد تصرف على مصالحه من فرش وإضاءة وعمارته وخدمته الخ.

والوصية للجامعة تصرف على مصالحها وطلابها.

وكما تصح الوصية للجهات إذا عين نوعها. كالمساجد أو الملاجىء تصح وإن لم يعين ذلك النوع.

كأن يقول: أوصيت بثلث مالي لله تعالى، أو لأعمال البر أو للمصالح العامة، وتصرف عند تنفيذها إلى أي جهة من جهات البر العامة أو النفع العام

غير متقيد بنوع خاص يصرفها من وكل إليه تنفيذ الوصايا باجتهاده للاهم والأصلح .

ثم إن القانون صحح الوصية للجهات سواء كانت موجودة عند إنشاء الوصية أولا ، وجدت عند وفاة الموصي أولا . ما دام وجودها ممكناً بناء على ما سار عليه من صحة الوصية للمعدوم الذي سيوجد متبعاً في ذلك مذهب الإمام مالك .

وفي حالة الوصية للجهة المعدومة تبقى الوصية قائمة حتى توجد تلك الجهة فتصرف الوصية إليها ، فإذا لم توجد وتعذر وجودها في المستقبل بطلت الوصية وكان الموصى به لورثة الموصي .

وأحكام الوصية للجهات فصلها القانون في المادتين السابعة والثامنة[1] .

الوصية لمن لا يحصون

الكلام على أحكام الوصية لمن يحصون ومن لا يحصون يتوقف على بيان حد الإحصاء ليتميز الفرق بين النوعين .

وللفقهاء في بيان حد الإحصاء أقوال بنيت على اختلاف النظر لعدم وجود نص شرعي صريح فيها أختير منها قول محمد بن الحسن لتسير عليه المحاكم بمصر وهو أن الموصى لهم إذا كانوا مائة فأقل فهم يحصون، وإن كانوا أكثر من المائة فهم لا يحصون[2]

---

(١) ونصها مادة ـ ٧ ـ « تصح الوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية وغيرها من جهات البر والمؤسسات العلمية والمصالح العامة ، وتصرف على عمارتها ومصالحها وفقرائها وغير ذلك من شئونها ما لم يتعين الصرف بعرف أو دلالة ، وتصح الوصية لله تعالى ولأعمال البر بدون تعيين جهة وتصرف في وجوه البر » مادة ـ ٨ ـ « تصح الوصية لجهة معينة من جهات بر ستوجد مستقبلاً ، فإن تعذر وجودها بطلت الوصية » .

(٢) جاء في البدائع جـ ٧ ص ٣٤٢ . اختلف في تفسير الإحصاء ، فقال أبو يوسف إن كانوا لا=

والوصية لمن لا يحصون جائزة باتفاق أصحاب المذاهب الفقهية . لكن هذا الجواز غير مقيد بقيد في بعضها ، ومشروط باقترانها بما يدل على أنها قربة في بعضها الآخر. كأن يصف الموصي الموصى لهم بوصف الاحتياج من فقر ومسكنة وغربة وما شاكل ذلك .

فالحنفية يذهبون إلى أن صحة الوصية لمن لا يحصون لا تكون إلا إذا ذكرهم بما يدل على احتياجهم ، كأوصيت لفقراء طلبة الجامعة أو الأزهر أو للغرباء المنقطعين منهم ، فإن أطلق في كلامه لا تصح الوصية .

وسندهم في ذلك أن الوصية تمليك ، والتمليك للمجهول جهالة لا يمكن إزالتها لا يصح ، أما إذا وجد في لفظه ما يدل على الحاجة فتكون وصية بالصدقة وهي تقرب إلى الله تعالى ، فتقع له سبحانه أولا ثم يتملكها المحتاج بتمليك الله وحينئذ تخلو من المانع ، وهو جهالة المتملك .

وأصحاب المذاهب الثلاثة الأخرى صححوا هذه الوصية سواء وجد التقييد أو لا ، فتصح الوصية لطلبة الجامعة ، كما تصح للمعسرين منهم ، لأن الوصية مبنية على التيسير فيتساهل فيها بما لا يتساهل في غيرها من أسباب التمليك الأخرى ، ولأنها في ذاتها قربة حتى ولو كانت للأغنياء ، ولقد ندب النبي ﷺ إلى الهدية وإن كانت لغني ، والوصية هدية مؤجلة لما بعد الموت[1]

يحصون إلا بكتاب أو حساب فهم لا يحصون ، وقال محمد : إن كانوا أكثر من مائة فهم لا يحصون ، وقيل غير ذلك .

(١) راجع المغني جـ ٦ ص ٥٦ .. ثم إن أصحاب هذا الرأي بعد اتفاقهم على المبدأ اختلفوا فيما وراء ذلك ، فمنهم من يرى أن الدفع إلى واحد من الموصى لهم مجزىء ، ومنهم من يرى أنه لا بد من الدفع إلى ثلاثة لأنهم أقل الجمع .

وأئمة الحنفية بعد اتفاقهم على أنه لا بد من وجود ما يدل على الحاجة اختلفوا فيمن يجزىء الدفع إليه . فأبو حنيفة وأبو يوسف يذهبان إلى جواز الدفع إلى واحد فقط لأنها وجبت لله لا للفقراء ، ثم يعطي لمن ظهر رضي الله عنه بصرف حقه إليه ويكفي في ذلك الصرف إلى=

والقانون جوز الوصية لمن لا يحصون من غير تقييد فصحح الوصية لهم من غير أن يذكر الموصي في كلامه ما يدل على الحاجة. إلا أنه قيد صرفها في هذه الحالة فجعله للمحتاجين فقط[1].

ولاحظ في ذلك أن صرف الوصية لجميع من لا يحصون قد يتعذر أو يتعسر تنفيذه فتصرف للمحتاجين فقط، لأن الصرف إليهم يحقق الغرض المقصود من الوصية.

وبعد هذا التقييد أطلق القانون لمنفذ الوصية الحرية في العدد الذي يصرف إليهم الوصية بعد أن يكونوا من المحتاجين، وفي مقدار ما يعطيه لكل واحد منهم، فلا يلزم باعطاء كل المحتاجين، ولا بالتسوية بينهم في العطاء، يفعل ذلك باجتهاده.

ولكن الأفضل أن يكون الصرف أولا للمحتاجين من أقارب الموصي، لأن الدفع إليهم صلة وصدقة. مقدماً في ذلك الأشد حاجة على ما سواه، وإذا كانت الوصية لهؤلاء بنقود مرسلة وزعت عليهم، فإذا قبضوها ثبتت ملكيتهم لها، وإذا كانت بالأعيان غير النقود وزعت عليهم متى أمكن وإلا بيعت ووزع عليهم ثمنها.

وإذا كانت الوصية بالمنافع فالظاهر أن العين الموصى بمنفعتها تأخذ حكم الوقف فتصرف غلتها للمحتاجين من الموصى لهم، هذا إذا كانت الوصية لهم

= واحد، ويرى محمد أنه لا بد من الصرف إلى اثنين على الأقل لأنهما أقل الجمع في الوصية والميراث فلا يجوز أن يعطي الواحد إلا نصف الوصية.. راجع الدائع جـ ٧ ص ٣٤١.

(١) جاء ذلك في المادة « ٣٠ » ونصها:

« وتصح الوصية لمن لا يحصون، ويختص بها المحتاجون منهم ويترك أمر توزيعها بينهم لاجتهاد من له تنفيذ الوصية دون التقيد بالتعميم أو المساواة. ومن له تنفيذ الوصية هو الوصي المختار فإن لم يوجد فهيئة التصرفات أو من تعينه لذلك ».

مؤيدة أو مطلقة. أما إذا كانت مؤقتة بمدة معينة فإن الغلة تصرف للمحتاجين فيها والعين تكون مملوكة لورثة الموصي.

من له تنفيذ الوصية؟

نص القانون على أن تنفيذ الوصية يكون للوصي المختار، فإن لم يوجد يكون الحق لهيئة التصرفات في المحكمة أو لمن تعينه لذلك. لكن يجب أن يلاحظ في شأن تنفيذ الوصية ما جاء بالقانون المدني الجديد ـ الذي تقرر العمل به بعد قانون الوصية بأعوام ثلاثة ـ من أنه إذا لم يعين صاحب التركة وصياً عينت المحكمة شخصاً يصفي التركة متى طلبه أحد ذوي الشأن، واقتضى الأمر ذلك، وأنه يتولى تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف بعد تسوية الديون، بل إنه قضى بأن الأحكام التي تسري على المصفى تسري على وصي التركة كما صرحت به المواد ٨٧٦، ٨٧٨، ٨٩٨[1].

وهذا يقتضي أنه إذا لم يوجد الوصي المختار لا ينقل الحق إلى هيئة التصرفات في كل حالة، بل إذا لم يوجد المصفى، فإن وجد يكون أمر تنفيذ الوصية إليه، فان لم يكن لا هذا ولا ذاك كان الحق لهيئة التصرفات في المحكمة المختصة أو لمن تعينه لذلك عملا بقاعدة تناسق القوانين في الدولة الواحدة.

الوصية لقوم محصورين:

وهم من كانوا في حدود المائة. وهذا النوع تحته صنفان:

---

(١) ونصها كالآتي المادة ٨٧٦ «إذا لم يعين المورث وصياً لتركته وطلب أحد ذوي الشأن تعيين مصف لها عينت المحكمة ـ إذ رأت موجباً لذلك ـ من يجمع الورثة على اختياره، فإن لم يجمع الورثة على أحد تولى القاضي اختيار المصفى على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء.

والمادة ٨٧٨/ ٢، ويسري على وصي التركة ما يسري على المصفى من أحكام.

والمادة ـ ٨٩٨ «يتولى المصفى بعد تسوية ديون التركة تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف.

الصنف الأول: وهم المعرفون بالوصف أو بالجنس دون تعيينهم بأسمائهم وأشخاصهم. كالفقراء من عائلة معينة، أو ذوي العاهات منها، أو بني فلان أو قبيلة فلان.

الصنف الثاني: وهم المعينون بأسمائهم وأشخاصهم كالوصية لمحمد وأحمد وإسماعيل، أو يقول أوصيت لهذا مشيراً إلى شخص، أو لهؤلاء مشيراً إلى أشخاص معينين.

والوصية لهذين الصنفين تتفق في بعض الأحكام وتختلف في بعضها الآخر وإليك البيان.

أما الوصية للصنف الأول فانها تكون لكل من ينطوي تحت هذا الوصف أو الجنس. سواء كان واحداً أكثر توزع بينهم حسب شرط الموصي إن وجد. فإن لم يكن له شرط قسمت بالتساوي على عدد رؤوسهم.

وإذا مات أحدهم بعد استحقاقه الوصية وثبوت الملك له كان نصيبه لورثته إن كان الموصى به عيناً، لأن هذا هو شأن الملك التام ينتقل بالارث إلى مستحقيه.

وإن كان الموصى به منفعة، أو لم يكن قد استحق منه غير المنفعة[1] لا ينتقل إلى ورثته لأن المنافع لا تورث في الوصايا، ولكن يرد هذا النصيب إلى بقية الموصى لهم يوزع بينهم كما وزع الأصل، ولا يرد إلى ورثة الموضي لأن الوصية للمحصورين غير المعينين وصية واحدة لكل من يصدق عليه وصف الموصى لهم أو يدخل تحت جنسهم، وليس لكل واحد منهم قدر معين حتى

---

(١) كما لو أوصي لمن يولد لفلان. ثم مات الموصي قبل أن تنقطع الولادة لفلان هذا. فإن العين لا تقسم بين الأولاد الموجودين وانما تقسم الغلة بينهم حتى إذا ما انقطعت الولادة بأن مات ذلك الشخص أو حصل يأس من الولادة له قسمت العين الموصي بها بين الموجودين من أولاده ومن مات منهم كما أوضحناه في الوصية للمعدوم.

يقال: إن الوصية تنتهي فيه بموته. بخلاف ما إذا كان الموصى به عيناً فإن نصيب كل واحد تعين باستحقاقه وحيازته.

وإذا بطلت الوصية بالنسبة لبعضهم كان الموصى به للباقين منهم حتى ولو كان واحداً متى صدق الوصف عليه. لا فرق في ذلك بين أن يكون البطلان من وقت الإيجاب. كأن يكون هذا البعض ميتاً، أو أن يكون بعده، كأن يموت بعض الموصي لهم قبل وفاة الموصى، أو يرد الوصية بعد وفاته. ولما كان الموصى لهم من هذا الصنف في الغالب يكون بعضهم موجوداً والآخر غير موجود نص القانون في مادته الواحدة والثلاثين[1] على أنه يلاحظ أحكام الوصية للمعدوم المقررة في المواد - ٢٦، ٢٧، ٢٨، ٢٩، وأحكام الوصية لهذا الصنف أخذها القانون من مذهب الإمام مالك كما صرحت بذلك المذكرة التفسيرية وإن كان يتفق مع مذهب الحنفيةفي بعضها.

أما الصنف الثاني - وهم المعينون بأسمائهم أو بالإشارة إليهم - فالوصية لهم تقسم بينهم حسب الشرط إن وجد، وإلا فبالتساوي على عدد الرؤوس، ومن يموت منهم بعد الاستحقاق ودخول الموصى به في ملكه يكون نصيبه لورثته إن كان عيناً، وإن كان منفعة رد إلى ورثة الموصى لانتهاء الوصية فيه لأن الوصية بالمنفعة لمعين تنتهي بوفاته.

وإذا بطلت الوصية لبعض هؤلاء رجع نصيبه إلى ورثة الموصي، لأن الوصية لهذا الصنف بمثابة عدة وصايا لكل واحد وصية بقدر معين وإن كان شائعاً في غيره، فإذا بطلت في حق أحدهم لا يمكن تصحيحها بالنسبة لغيره حتى تدفع له فترد إلى أصل التركة، ويستوي في ذلك بطلانها بعد صحة

---

(١) ونصها «وإذا كانت الوصية لقوم محصورين بلفظ يتناولهم ولم يعينوا بأسمائهم وكان بعضهم غير أهل للوصية وقت وفاة الموصي كان جميع ما أوصى به مستحقاً للآخرين مع مراعاة المواد - ٢٦، ٢٧، ٢٨، ٢٩.

الإيجاب، بأن كان موجوداً عند إنشاء الوصية ثم خرج عن أهليته لها بأن مات قبل موت الموصي، وبطلانها من حين الايجاب بأن كان ميتاً حين الوصية.

والعبرة بعدم أهليته للوصية وقت وفاة الموصي - كما جاء بالمادة الثالثة والثلاثين[1].

وإذا رد الموصى له الوصية بعد وفاة الموصي بطلت في حقه أيضاً فيرجع نصيبه إلى ورثة الموصي، أخذ القانون بهذه القاعدة العامة في بطلان الوصية وقضى برد نصيب من بطلت في حقه إلى ورثة الموصي لا فرق بين صورة وصورة عملا بمذهب الشافعي، وترك[2] مذهب الحنفية الذي يقضي برد هذا النصيب إلى ورثة الموصي في بعض الصور وجعله لبقية الموصى لهم في بعضها الآخر.

الوصية المشتركة.

ما تقدم هو حكم الوصية المنفردة إذا كانت لجهة أو لمحصورين معينين بالأسماء أو الإشارة أو غير معينين بواحد منها بل معينين بالوصف أو بالجنس، أو لغير محصورين، وقد يحدث أحياناً أو يوصي شخص لنوعين أو أكثر، كما إذا أوصى لمعينين ولجهة بشيء واحد،أو يوصي لجهة ولغير محصورين ولمعينين، وتسمى الوصية في هذه الحالة بالمشتركة لاشتراكها بين أكثر من نوع من الموصى لهم. جاء حكم هذه الوصية في المادة الثانية والثلاثين من القانون.[3]

---

(١) ونصها «إذا كانت الوصية للمعينين عاد إلى تركة الموصي ما أوصى به لمن كان غير أهل للوصية حين الوفاة».

(٢) وفقهاء الحنفية مختلفون في الحد الفاصل بين النوعين. وأقرب ما قيل في ذلك: أنه إذا كان من بطلت الوصية في حقه قد دخل في الوصية ثم خرج منها كما إذا ردها بعد موت الموصي فإن نصيبه يرد إلى ورثة الموصي. وإن لم يكن قد دخل فيها. كما إذا أوصى لفلان وحمل فلانة. ثم بطلت الوصية للحمل لولادته ميتاً فإن نصيبه يكون لبقية الموصي لهم.

(٣) ونصها: «إذا كانت الوصية مشتركة بين معينين وجماعة أو جهة، أو بين جماعة وجهة. أو=

والأصل الذي سار عليه القانون في التوزيع هو اعتبار كل من الجهة والجماعة غير المحصورة شخصاً من الموصى لهم، وكل واحد من المعينين بأسمائهم أو بالإشارة شخصاً، ومثله كل واحد من الجماعة المحصورة المعروفين بالوصف أو بالجنس، وذلك لأن المعينين معتبرون بأشخاصهم، والمحصورون يمكن معرفة عددهم ونهايتهم، فيسهل اعتبار رؤوسهم إذا انتهوا إلى عدد معين، والجهة تعتبر كأنها شخص منفرد بذاته، وأما غير المحصورين فلا يمكن الوقوف على عددهم ولا الوصول إلى نهايتهم، ولا يعرفون إلا بعنوانهم فلا يستطاع التوزيع على رؤوسهم فيعتبرون واحداً.

ثم توزع الوصية أسهماً عليهم. فيكون للجهة سهم، وللجماعة غير المحصورة سهم[1] واحد، وللمعينين والمحصورين سهام بعدد رؤوسهم هذا إذا لم ينص الموصي في وصيته على كيفية التوزيع، أما إذا نص على ذلك فيتبع ما نص عليه.

وإذا بطلت الوصية لواحد من هؤلاء المشتركين اتبع الحكم المقرر في كل

= بينهم جميعاً كان لكل معين ولكل فرد من أفراد الجماعة المحصورة ولكل جماعة غير محصورة ولكل جهة سهم من الموصي به».

(١) اعتبار نصيب الجماعة غير المحصورة سهماً واحداً أحد آراء للفقهاء وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف. والقول المشهور للحنابلة. والرأي الثاني يجعل لها سهمين. وإليه ذهب محمد بن الحسن من الحنفية. والرأي الثالث يجعل لها ثلاثة أسهم وبه يقول الشافعية، وسبب هذا الخلاف يرجع إلى اختلافهم فيما إذا أوصى لغير المحصورين كالفقراء مثلاً. هل يجزئه الدفع إلى واحد فقط كما يقول أصحاب الرأي الأول؟ أو لا يجزئه إلا الدفع إلى إثنين لأنها أقل الجمع في بابي الميراث والوصية كما يقول أصحاب الرأي الثاني؟ أو لا يجزئه إلا الدفع إلى ثلاثة لأنها أقل الجمع لغة؟ والقانون اختار الرأي الأول. وقد سبق بيان وجهة رأي الحنفية في هامش الكلام على الوصية لمن لا يحصون.

راجع المغني جـ ٦ ص١٢٣. وتبيين الحقائق للزيلعي جـ ٦ ص ١٩١.

نوع من تلك الأنواع. فإذا بطلت الوصية لجهة أو لمعين باسمه أو بالإشارة، او لمعينين بواحد منهما، أو لجماعة غير محصورة عاد نصيبه إلى ورثة الموصي، وإذا بطلت في حق واحد من الجماعة المحصورة المعروفة بالوصف أو بالجنس رد نصيبه لبقية الجماعة، لأن الوصية لما يصدق عليه هذا العنوان كما بينا ذلك من قبل. وإليك أمثلة توضح ذلك:

١ ـ أوصي لمحمد وعلي ومحمود وعادل ومسجد البلدة وفقرائها، وكان مقدار الوصية ثلاثين فداناً. هذه الوصية تقسم إلى ستة أسهم لكل واحد من المعينين بأسمائهم سهم، وللمسجد سهم، والفقراء سهم، فيعطى لصاحب كل سهم خمسة أفدنة.

٢ ـ أوصي بجزء معين من ماله للمسجد وللملجأ ولطلاب العلم في بلده. قسم مقدار الوصية على ثلاثة أسهم: واحد للمسجد، وآخر للملجأ، والثالث لطلاب العلم، هذا إذا كان طلاب العلم لا يحصون. فإن كانوا يحصون يعطى لكل واحد سهم ولكل من الملجأ والمسجد سهم.

٣ ـ أوصي لأبناء أخيه ولأخته وللغرباء بثلث ماله، فلما توفي الموصي كان أبناء أخيه ثلاثة ولا ينتظر زيادتهم قسمت الوصية على خمسة أسهم يعطى لكل واحد من أبناء أخيه سهم، ولأخته سهم، وسهم يكون للغرباء.

٤ ـ في المثال السابق: لو كان أبناء أخيه عند موته ثلاثة، وينتظر أن يولد غيرهم فلا تقسم العين الموصى بها بينهم، بل تقسم غلتها على الموجودين منهم وبقية الموصى لهم كل واحد منهم سهم، فإذا ولد له ولد رابع قسمت الغلة تقسيماً آخر على سهام ستة، وهكذا كلما زاد واحد نقصت القسمة السابقة حتى ينتهي عددهم إلى حد لا يتصور زيادتهم بعد ذلك. كأن يموت هذا الأخ، أو يحصل اليأس من الولادة له. فحينئذ تقسم

العين عليهم، للأخت سهم، وللغرباء آخر، ولكل واحد من أبناء الأخ سهم.

وهذه الأحكام وافق فيها القانون مذهب الحنفية، كما صرحت بذلك المذكرة التفسيرية، ولم يخالفه إلا في حكم الصورة الرابعة، وهي ما إذا كان بين الموصى لهم جماعة محصورين وجد بعضهم حين وفاة الموصي، ويحتمل وجود غيرهم، فإنه أخذ فيها بمذهب المالكية في الوصية للمعدوم، ولذا جاء في المذكرة التفسيرية بصدد التعليق على هذه المادة ما يلي:

ولو كان الموجود حين موت الموصي بعض من يحصون ويحتمل وجود غيره اتبع في ذلك ما نص عليه في المواد ٢٦، ٢٧، ٢٨، ٢٩، كما إذا أوصى لزيد وولد عبد الله ومستشفى، فكان الموجود عند وفاة الموصى زيداً وثلاثة من أولاد عبد الله فإن الغلة تقسم على خمسة: لزيد سهم، ولكل واحد من أولاد عبد الله سهم، وللمستشفى سهم، وكل من يوجد بعد ذلك من ولد عبد الله يشترك مع من يكون موجوداً، وسبق أن هذا الحكم مأخوذ من مذهب المالكية.

بقيت مسألة متممة لهذا الموضوع. وهي ما إذا بطلت بعض الوصايا التي تعود إلى ورثة الموصي في الوقت الذي ضاق فيه الثلث عن تنفيذ جميع ما أوصى به ولم يجز الورثة تلك الزيادة. وقد تكفلت به المادة الرابعة والثلاثون[1] وهو أن يقسم الثلث على جميع الوصايا بالمحاصة - كما هو مقرر في حالة تزاحم الوصايا - وسيأتي توضيحه - ثم يعطي لأصحاب الوصايا الصحيحة نصيبهم منه، ويحل ورثة الموصى محل أصحاب الوصايا الباطلة. بمعنى أنه يرد إلى

---

(١) ونصها «إذا بطلت الوصية لمعين أو لجماعة عاد إلى تركة الميت ما أوصي به اليهم ويخاص الورثة به أرباب الوصايا الباقية إذا ضاق عنها محل الوصية».

التركة أنصباء أصحاب تلك الوصايا من الثلث. فتنفيذ الوصية في هذه **الحالة** سيقتصر على نصيب أصحاب الوصايا الصحيحة الباقية من الثلث.

فلو أوصى شخص لأولاد أخيه الثلاثة بستمائة جنيه، وللملجأ العجزة بأربعمائة وللمسجد بمائتين، وكانت قيمة التركة عند وفاة الموصى ألفاً وثمانمائة جنيه، ولم يجز الورثة الزيادة، ورد اثنان من أولاد الأخ الوصية، فالوصية في هذه الحالة لا تنفذ إلا في الثلث وهو ٦٠٠ جنيه توزع بين الوصايا بالمحاصة بنسبة أنصبائهم إلى بعض، أي بنسبة ٣ : ٢ : ١، لأنه أوصى لأولاد أخيه في الأصل بـ ١/٣ التركة، وللملجأ بـ٢/٩ التركة، وللمسجد بتسعها، وباستخراج المضاعف البسيط لهذه الكسور نجده أوصى بستة أسهم من تسعة.

وحيث إن الورثة لم يجيزوا الزيادة على الثلث فيقسم مقداره على ستة أسهم يكون لأولاد الأخ ثلاثة منها. كل واحد سهم، وللملجأ سهمان، وللمسجد سهم واحد، فيصرف لمن لم يرد الوصية من أولاد الأخ ١٠٠ جنيه، وللملجأ ٢٠٠ جنيه، وللمسجد ١٠٠ جنيه، ويرد نصيب من رد الوصية وهو ٢٠٠ جنيه إلى التركة يقسم على الورثة مع باقيها، **وهذا هو معنى كون الورثة يحاصون بهذا النصيب أرباب الوصايا الأخرى**.

ولقد صرحت المذكرة التفسيرية بأن القول يعود نصيب من بطلت وصيته إلى ورثة الموصى مأخوذ من مذهب الشافعي، والقول بالمحاصة مأخوذ من مذهب الأمام مالك.

المبحث الرابع
في
شروط الموصى به وما يتبع ذلك من بيان مقدار الوصية ووقت تقديره

الموصى به هو محل الوصية التي يظهر حكمها فيه، ولقد شرط الفقهاء فيه شروطاً لصحة الوصية ،وأخرى لنفاذها ، فشرطوا لصحتها ثلاثة شروط أتى بها القانون في مادته العاشرة[1] ، وقالت مذكرته النفسيرية : إن هذه المادة مأخوذة من مذهب الحنفية[2] . ولذلك سنقتصر على بيان ما جاء بـه القـانـون . ونترك تفصيل آراء الفقهاء لعدم الحاجة إليها .

الشرط الأول: أن يكون مما يجري فيه الإرث أو يصح أن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصي، وهذا الشرط ينطوي تحته أربعة انواع يصح بها الوصية . منها ثلاثة يجري فيها الإرث وهي:

١ - الأموال المحوزة للإنسان بكافة أنواعها، عقارات ومنقولات . مثلية كانت أو قيمية، سواء كانت في يده أو في يد أخرى قائمة مقام يده كالمال الذي تحت يد الوكيل أو المستأجر أو المودع أو المستعير أو

---

(١) ونصها: يشترط في الموصي به:
١ - أن يكون مما يجري فيه الإرث أو يصح أن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصي .
٢ - أن يكون متقوماً عند الموصي إن كان مالاً .
٣ - أن يكون موجوداً عند الوصية في ملك الموصي إن كان معيناً بالذات .

(٢) جاء في البدائع جـ ٧ ص ٣٥٢ : وأما الذي يرجع إلى الموصي به فأنواع منها « أن يكون مالا أو متعلقاً بالمال » وفي ص ٣٥٤ عبارة تكاد تتفق معها عبارة المادة في لفظها ونصها « لأن الوصية إنما تجوز فيما يجري فيه الإرث أو فيما يدخل تحت عقد من العقود في حالة الحياة » .

المرتهن، أو في يد أخرى ظالمة، كالمال المغصوب أو المسروق والممنوع عن مالكه بغير حق.

وإن شئت قلت: الأموال المحوزة حقيقة أو حكما.

٢ ـ الحقوق المالية أو الملحقة بالمال، لأنها تنقلب في نهايتها إلى أموال كحق الشخص في غلة وقف ظهرت ولم يبد صلاحها، أو حقه في الغنيمة التي لم تقسم بعد، والدين الذي في ذمة الغير، وحق الدية. فإن هذه الحقوق تؤول إلى أموال عند فرزها وقبضها.

٣ الحقوق العينية[1] التي ليست في ذاتها أموالاً، ولكنها تقوم بالمال أو تزيد في قيمة العين كحقوق الارتفاق من الشرب والمجرى والمزور والمسيل.

٤ ـ المنافع: وهذه لا يجري فيها الإرث عند الحنفية، ولذلك تبطل العقود الواردة عليها عندهم بموت أحد المتعاقدين. كعقد الإجارة يبطل بموت المؤجر أو المستأجر، ولكن تصح الوصية بها، لأن للإنسان أن يتعاقد عليها في حياته.

وإنما صحت الوصية بما لا يكون محلا للإرث، مع أن الإرث والوصية شبيهان لا يثبت الملك بهما إلا بعد الموت، لأن الإرث خلافة محضة فلا يكون إلا لشيء مملوك للمورث حين الوفاة، أو لحق متعلق بالملك، والأموال

---

(١) أما الحق الشخصي المحض فلا يورث باتفاق الفقهاء: كحق الوظيفة والمتعة بين الزوجين وحق الولاية على النفس وحق الحضانة وغيرها، وهناك نوع من الحقوق له شبهان: شبه بالحق المالي وآخر بالحق الشخصي، وهذا موضع الاجتهاد والنظر، فإن اتفقت الأنظار على تغليب الشبه الشخصي امتنع إرثه. كحق الانتفاع بالسكنى بسبب الإباحة، وإن اتفقت على تغليب الناحية المالية كحق حبس الرهن فإنه يورث اتفاقاً، وإن اختلفت الأنظار في تغليب أي الشبهين كان موضع خلاف، كحق خيار الشرط. فالحنفية غلبوا الناحية الشخصية فمنعوا إرثه، وغيرهم غلب الناحية الأخرى فقالوا إنه يورث. وهكذا.

والحقوق المتعلقة بالمال مملوكة له في هذا الوقت فتورث، أما المنافع فقد ملك منها ما وجد في حياته. وهذه قد انتهت لا وجود لها. لأنها أعراض لا تبقى بعد وجودها، أما ما لم يوجد منها فلم يملكه بعد، فاذا مات كانت غير مملوكة، فلا تنتقل بالإرث، لأن الانتقال فرع الملكية السابقة، وهي غير موجودة لعدم وجود المنفعة المتعلق بها الملك.

أما الوصية فهي تمليك بعقد يقع حال حياة الموصى، ولا يوجد أثره إلا بعد وفاته، فهي في ابتدائها عقد، وفي نهايتها تشبه الخلافة، فلم تكن كالإرث حتى تقتصر على ما يصلح أن يكون ميراثاً، اتسعت دائرتها فصحت به وبما يصح أن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصى، والمنافع يصح التعاقد عليها حال حياته فصحت الوصية بها، خصوصاً إذا لاحظنا أن الوصية مبنية على التوسعة والتيسير، فلا معنى لمنعه من تصرف كان يملكه منجزاً في حياته.

وعلى هذا تصح الوصية بالأموال بأنواعها، وبالحقوق المتعلقة بها لأنها تورث وتصلح أن تكون محلا للتعاقد حال حياة مالكها، كما تصح بالمنافع لصلاحيتها للتعاقد عليها بالإجارة والإعارة حال حياة الموصى، ولا تصح الوصية بما انتفى فيه الأمران معاً كالأموال المباحة غير المملوكة، فإنها لا تورث ولا تصلح للتعاقد عليها.

ولقد جاء بالمذكرة التفسيرية مثال يوضح ذلك فقالت: « فلو أوصى بما تلد أفراسه اقتصرت الوصية على الموجودين من الأولاد حين موت الموصي، لأن ما تلد أفراسه بعد الموت لا يدخل تحت الإرث، ولا يقبل التمليك بعقد في حياة الموصي، ولو أوصى بغلة أرضه دخل في الوصية الغلة التي تكون موجودة حين موت الموصي وبعد موته، لأنها تدخل تحت عقد الإيجار وإن كان الحادث بعد الموت لا يورث.

ومع كون القانون جاء في ظاهره متفقاً مع مذهب الحنفية في هذا الشرط كما صرحت مذكرته التفسيرية، إلا أنه لم يقف عند حدود هذا المذهب في تفسير ما يجري فيه الإرث من حقوق، بل تعداه وجوز الوصية ببعض الحقوق التي لا تورث عندهم، كحق الخلو استناداً لمذهب المالكية.

ولذلك صرحت المذكرة التفسيرية بأنه إذا نص في هذا القانون على وصايا لا يتحقق فيها الضابط المذكور في هذه المادة كان الحكم استثناء مما هنا.

وبهذا لم يغلق الباب أمام ما يجد في المستقبل من أشياء يعتبرها القانون المدني حقوقاً تورث ويصح الوصية بها.

الشرط الثاني: وهو خاص بالموصى به إذا كان مالا. **أن يكون متقوماً في نظر طرفي العقد**[1].

فإذا كان غير متقوم لا تصح الوصية، لأن المال المتقوم هو الذي يكون محلاً للتصرفات، فلو أوصى مسلم بخمر أو خنزير لا يصح، سواء أكانت الوصية لمسلم أو لغير مسلم، لانعدام محل العقد في نظر الموصى.

ولو أوصى بهما غير المسلم فإن كان لمثله صحت الوصية لتقومهما في حق غير المسلمين، وإن كانت الوصية لمسلم لا تصح لعدم تقومهما في حق المسلمين.

الشرط الثالث: وهو خاص بأعيان الأموال دون المنافع. **أن يكون موجوداً في ملك الموصي عند إنشاء الوصية إذا كان معيناً بالذات**[2] كأن يوصي بدار يشير إليها فإنه يشترط وجودها في ملكه حين إنشاء الوصية، لأن لا يتصور الوصية بشيء معين غير موجود.

---

(١) البدائع جـ ٧ ص ٣٥٢.

(٢) المرجع السابق وفيه: وتصح الوصية سواء كان الموصي به موجوداً وقت إنشاء الوصية أو لم يكن موجوداً إلا إذا كان في كلام الموصي ما يقتضي الوجود للحال.

وشرط الوجود في ملك الموصى أحد الرأيين في مذهب الحنفية[1]، فإذا أوصى بشيء غير موجود. كأن يوصي بداره الموجودة في بلد كذا ولا دار له فيها فإنه لا يصح، وإذا أوصى بشيء مملوك لغيره كان باطلاً حتى ولو ملكه بعد الوصية ثم مات لا تصح وصيته السابقة، بل عليه إنشاء وصية جديدة بعد الملك إذا أرادها، فإذا أجاز مالك العين الوصية كانت هبة مبتدأة يراعى فيها شروط الهبة.

وأما إذا كان غير معين بالذات فلا يشترط وجود الموصى به عند إنشاء الوصية، سواء كان شائعاً في بعض المال[2] كالوصية بثلث غنمه، أو شائعاً في كل المال، كالوصية بثلث أمواله، بل الشرط وجوده عند الموت، ويستمر وجوده حتى وقت القبول، لأنه وقت تنفيذها.

وبناء على هذا لو أوصى لشخص بثلث ماله ولا مال له صحت الوصية، ويكون الموصى به ثلث ماله عند الموت بعد أداء الحقوق الأخرى إن وجد له مال، فان لم يوجد له مال بطلت الوصية، وكذلك إذا أوصى بثلث غنمه ولا غنم له حين الوصية صحت ويعتبر الموجود منها عند الوفاة.

---

(١) والرأي الثاني أنها تصح، وتتوقف على الإجازة، فإن أجازها المالك قبل الموت أو بعده نفذت الوصية وإلا بطلت. راجع رد المختار جـ ٥ ص ٨٦٦ . وفي حاشية أبي السعود على شرح الكنز لمنلا مسكين: «الوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه ثم مات لا تصح وصيته» وفيها أيضاً: إذا أجاز الغير تلك الوصية كانت هبة مبتدأة تحتاج إلى توفر شروط الهبة».

والشافعية يصححون هذه الوصية مطلقاً على رأي، وبقيد تعليقه على ملكه على رأي آخر. جاء في نهاية المحتاج ج ٧ ص ١٧ : «وكذا تصح الوصية بمملوك الغير إن قال: إن ملكته ثم ملكة وإلا فلا كما اعتمده جمع متأخرون. وحكي الرافعي الاتفاق عليه في موضع، لكن الذي في الروضة هنا صحتها وإن لم يقل ذلك.

(٢) خالف القانون مذهب الحنفية في الموصي به الشائع في بعض المال فجعله كالشائع في كل في اشتراط وجوده عند الموت، وهم يجعلونه كالعين بالذات في اشتراط وجوده عند إنشاء الوصية.

واختار القانون هذا الرأي لما فيه من اليسر والسهولة على الموصين، **ولأن** الوصية في ذاتها مبنية على التساهل.

وأما الوصية بالمنافع فلا يشترط وجودها لا وقت الوصية ولا عند الوفاة لأن المنافع معدومة وقت التكلم، وتوجد شيئاً فشيئاً.

فإذا أوصى بغلة[1] بستانه وليس فيه غلة وقت الوصية ثم مات ولا غلة له موجودة فان الوصية تصح ويكون للموصى له ما يستقبل من غلات البستان ما دام حياً.

والشرط في صحة الوصية بالمنفعة هو كونها من المنافع المباحة باتفاق الفقهاء.

ويشترط لنفاذ الوصية في الموصى به: **أن يكون في حدود ثلث التركة إذا كان للموصي وارث.**

فإن لم يكن له وارث لا يشترط هذا الشرط، بل تنفذ الوصية في جميع المال،وإن كان له وارث وأوصى بأكثر من الثلث توقفت الوصية فيما زاد عنه على إجازة الورثة، إن أجازوها نفذت، وإن لم يجيزوها بطلت... وإنما توقفت لأنها تصرف فيما يتعلق به حق للغير وهو الثلثان، فيتوقف على إجازة أصحاب الحق وهم الورثة، فإذا لم يكن له وارث انعدم المانع من النفاذ.

والقانون عرض لهذا الشرط في مادته السابعة والثلاثين[2] فبين أن الوصية لا تنفذ فيما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصى،لأنه الوقت الذي

---

(١) الغلة كل ما يحصل من ريع الأرض وكرائها «أجرتها» ونحو ذلك. الدر المختار مع حواشي ابن عابدين حـ ٥ ص ٦٨١ وما بعدها.

(٢) ونصها «تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره، ولا تنفذ في الزيادة الا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه».

يثبت فيه حقهم في التركة، وبشرط أن تتوفر فيهم شروط الإجازة المعتبرة بأن يكونوا من أهل التبرع قانوناً مع علمهم بالوصايا التي يجيزونها.

تلك هي شروط الموصى به التي جاء بها القانون لتصح الوصية وتنفذ.

ومنها عرفنا أن الوصية لها مقدار محدد تنفذ فيه من غير توقف، فإذا زادت عنه توقفت فيما زاد على إجازة الورثة أصحاب الحق في ثلثي التركة إن وجدوا فالمسألة إذاً فيها تقدير ومقدار، وتجاوز لهذا المقدار يكون معه إجازة ورد

فمن الذي يملك تلك الإجازة، ومتى تصح، وما الحكم فيما إذا أجاز بعض الورثة ورد الآخرون، وما هو الوقت الذي تقدر فيه التركة.

كل هذه أمور تتطلب البيان فنقول:

مقدار الوصية

لا خلاف بين الفقهاء ـ إلا من شذ ـ في أن الوصية النافذة التي لا تتوقف على إجازة أحد هي التي تكون في حدود ثلث تركة الموصي، لان القرآن وان جاء بها مطلقة فالسنة المشهورة قيدتها بالثلث في حديث سعد بن أبي وقاص: «الثلث والثلث كثير» وما في معناه من الأحاديث.

ومن تمسك بإطلاق القرآن «من بعد وصية» وذهب إلى عدم تقييد الوصية النافذة بالثلث فأجازها بالنصف أو بأكثر منه أو بكل المال حتى ولو كان له وارث كبعض الشيعة الإمامية والأباضية رد الفقهاء قوله وحكموا عليه بالشذوذ لتغاضيه عن السنة المشهورة التي قيدت ما أطلقه القرآن.

وعلى الرأي المعول عليه إذا وقعت الوصية في حدود ثلث التركة بعد وفاء الديون نفذت من غير حاجة إلى إجازة، لأنها تصرف في خالص حق الموصي لم يتعلق به حق لغيره حتى تتوقف على رضاه لحديث: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم فضعوه حيث شئتم».

وإذا وقعت بما زاد على الثلث فللفقهاء فيها رأيان: رأي يقول: إنها تقع باطلة لا فرق بين أن يكون له وارث أو لا، لأن رسول الله نهى سعداً عنها، والنهي المطلق يفيد التحريم، وهو بدوره يقتضي بطلان المنهى عنه[1].

ورأي آخر يقرر أنها تقع صحيحة موقوفة على إجازة الورثة.

أما صحتها فلأنها تصرف صدر من أهله في محله، فالشخص يتصرف في ماله المملوك له. فيقع صحيحاً كسائر تصرفاته من بيع وهبة وغيرهما.

وأما توقفها فمراعاة لحق الورثة المتعلق بهذا القدر. فيترك أمرها إليهم إن أجازوها نفذت. لأن المانع زال بتنازلهم عن حقهم.. وإن ردوها بطلت.

هذا إن كان له ورثة من الأشخاص. أما إذا لم يكن وارث منهم. وكان مآل تركته إلى بيت مال المسلمين «الخزانة العامة» فإنها تقع باطلة عند من يرى أن بيت المال وارث من لا وارث له، لأنه لا يملك أحد إجازة هذه الوصية حتى الحاكم نفسه لما فيها من إلحاق الضرر ببيت المال، وإلى هذا ذهب المالكية والشافعية، جاء في تحفة المحتاج جـ ٧ ص ٢١: «فإن رد الوارث الخاص المطلق التصرف الزيادة بطلت في الزائد إجماعاً لأنه حقه، فإن كان عاماً بطلت ابتداء من غير رد، لأن الحق للمسلمين فلا مجيز».

ومن يرى أنه غير وارث يذهب إلى نفاذ هذه الوصية، لأن حق الموصى له بكل المال مقدم عليه، وهو مذهب الحنفية وأحد القولين عند الحنابلة.

---

(١) أصحاب هذا الرأي مختلفون فيما إذا كان للموصي وارث في هذه الحالة، وأجاز تلك الوصية الباطلة. فيرى بعضهم أنه لا أثر لهذه الإجازة، لأن الباطل لا ينقلب صحيحاً فلا يترتب عليها أي أثر، فوجودها وعدمها سواء.

ومنهم من يرى أنها تصرف مستقل من الوارث في خالص حقه فلا يرجع به إلى ما سبق من تصرفات، بل تجعل ابتداء عطية من الوارث. ويثبت بها الملك للموصي له متى توفر شروط العطية من قبول جديد وحيازة. الخ.

وبهذا الرأي أخذ القانون، كما جاء في المادةالسابعة والثلاثين[1].

والخلاصة: أن الشخص إذا أوصى بما يساوي ثلث ماله صحت وصيته ونفذت، سواء كان له وارث أو لا، وإذا أوصى بأكثر منه ولم يكن له وارث من الأشخاص نفذت كذلك، وإن كان له وارث من الأشخاص توقفت فيما زاد عن الثلث على إجازته. إن أجازها نفذت، وإن ردها بطلت، سواء كان الوارث واحداً أو متعدداً.

وإذا أجاز بعض الورثة ورد البعض نفذت في حق من أجاز ما دام من أهل الإجازة، وبطلت في حق من ردها.

فإذا أردنا معرفة نصيب كل منهم نقسم التركة تقسيمين، تقسيم على فرض الإجازة وآخر على فرض عدمها، فمن أجاز الوصية أخذ نصيبه على الفرض الأول، ومن لم يجزها يأخذ نصيبه على الفرض الثاني.

فلو كان الشخص يملك مائة وثمانين فداناً وأوصى منها باثنين وسبعين فداناً وتوفي وله ولدان وبنتان. ثم أجاز الوصية الزائدة أحد الولدين وإحدى البنتين، وردها الآخران فإننا نقسم التركة تقسيمين على فرضين.

التقسيم الأول على فرض إجازة الكل يعطى للموصى لهم ٧٢ فداناً، وكل ولد ٣٦ فداناً، وكل بنت ١٨ ف.

التقسيم الثاني على فرض عدم الإجازة يخص الوصية ثلث التركة فقط وهو ٦٠ فداناً، وكل ولد ٤٠ ف، وكل بنت ٢٠ ف.

---

(١) ونصها «تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا عالمين بما يجيزونه.

وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة «الخزانة العامة».

وعلى هذا توزع التركة كالآتي: يعطى للولد الذي رد الوصية ٤٠ ف، وللذي أجازها ٣٦ ف، وللبنت التي ردتها ٢٠ فداناً، والتي أجازتها ١٨ فداناً، ويكون مقدار الوصية ٦٦ فداناً.

وإذا توقف الملك للموصى له فيما زاد على إجازة الورثة فهذه الإجازة لا تعتبر إلا إذا توفرت فيها شروط ثلاثة. اتفق الفقهاء على بعضها، واختلفوا في بعضها الآخر.

أولاها: أن تكون بعد[1] موت الموصى، فلا عبرة بما يصدر منهم من الإجازة أو الرد حال حياته، فلو أجاز الوارث الوصية قبل وفاة الموصي كان له حق الرد بعد وفاته، ولا تلزمه الإجازة السابقة بشيء. وكذلك في الرد، لأن حق الوارث في المال لا يتقرر إلا بعد الوفاة، أما قبلها فلا علاقة له بذلك المال حيث لا يعلم من سيكون وارثاً، ومن لا يكون، فتكون إجازتهم إسقاطاً لحق لم يثبت لهم بعد، فلا يلزمهم، كما لو أسقط الشفيع حقه في الشفعة قبل ثبوته، والمرأة مهرها قبل عقد الزواج.

ثانيها: أن يكون المجيز أهلاً للتبرع. وهو البالغ العاقل الرشيد، لأنها إما تمليك بدون عوض كما يرى البعض، أو تنازل عن حق مالي، وهو ضرب من التبرع، كما يرى آخرون، وكل منهما ضرر محض، فلا يملكه إلا الرشيد الذي له كامل الحرية في تصرفاته.

(١) ومن الفقهاء من يرى أن الإجازة تصح حال حياة الموصي كما تصح بعدها فيلزم الوارث بعد موت الموصي بما صدر منه من إجازة أو رد، وهناك رأي ثالث وسط بين الرأيين، وهو أنه إذا كانت الإجازة في صحة الموصي لا تقيد صاحبها، فله الرجوع عنها، وإن كانت في مرض موته لزمته وليس له الرجوع عنها بعد وفاة الموصي وهو مذهب مالك.
راجع المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٤، وتحفة المحتاج بشرح المنهاج جـ ٧ ص ١٤، والمبسوط جـ ٢٧ ص ١٤٧.

وعلى هذا لا تصح إجازة الصبي والمجنون والمعتوه والمحجور عليه بسبب السفه أو الغفلة . كما لا تصح من أوليائهم . لأن تصرفاتهم منوطة بمصلحة من في ولايتهم .

ثالثها : أن يكون المجيز عالماً بما يجيزه . فإذا كان للموصي وصايا كثيرة والوارث لا يعرف حقيقتها ، ثم أجازها لا تعتبر هذه الإجازة ، لأنها إما تمليك منه ، أو إسقاط لحقه ، وكلاهما لا يصح إلا لشيء معلوم[1] .

والقانون أخذ بهذه الشروط الثلاثة .

وأخيراً يشترط لنفاذ هذه الإجازة ، ألا يكون المجيز مريضاً مرض الموت فلو أجازها وهو مريض لا تنفذ إجازته إلا في حدود ثلث تركته هو ،وتتوقف فيما زاد على إجازة ورثته المتوفر فيهم الشروط السابقة .

وإذا أجاز الورثة الوصية بما زاد على الثلث إجازة صحيحة ملك الموصى له تلك الزيادة بلا خلاف بين جمهور الفقهاء ، ولكنهم مختلفون في سبب هذا الملك .

فقيل هو وصية الموصي ، وإجازة الورثة ما هي إلا تنفيذ لفعل الموصي السابق الذي صدر في حينه صحيحاً لكنه توقف تنفيذه لتعلق حق الورثة بتلك الزيادة،وهذا التعلق جاء متأخراً عن صدور الفعل ، فإذا أجازوا فقد تنازلوا عما لهم من حق الاعتراض والفسخ لحق الميت ، فالمنشىء للحق هو الوصية التي حال المانع دون تنفيذها ،والاجازة رفعت المانع .

وعلى هذا الرأي لا يحتاج الملك إلى قبض من الموصى لهم ، ولا إلى قبول

---

(١) خالف المالكية في هذا الشرط فقالوا : إنه لايشترط علمه بمقدار ما يجيزه لأنها إما هبة مبتدأة أو كالهبة وهبة المجهول جائزة عندهم .

جديد ، بل يكفي قبولهم الأول ، ويجبر الورثة على تسليم المال إذا امتنعوا عنه بعد الإجازة .

وقيل هي عطية مبتدأة لا تنفيذ لوصية الموصي ، لأنها صدرت باطلة لنهي الرسول عنها ، والإجازة لا تقلب الباطل صحيحاً ، لأن ملك الورثة ثبت في هذا الجزء بمجرد وفاة الموصي . فإذا أجازوا كان تمليكاً ابتداء ، ولا شأن للوصية السابقة فيه .

وعلى هذا الرأي يحتاج الملك في الزيادة إلى قبول جديد ، وقبض منهم ليتم ملكهم لها ، وإذا امتنع الورثة عن تسليم هذا المال بعد الإجازة لا يجبرون عليه لأن الملك ثابت لهم قبل التسليم ، ولا يثبت ملك الموصى لهم فيه إلا بعد قبضهم له[1] .

---

(١) كتب الفقهاء في نسبة هذين الرأيين مضطربة ، فبينما تنسب كتب الحنفية والمالكية القول بأنها عطية مبتدأة للشافعية حتى ليظن القارىء أنه هو القول الوحيد عندهم أو على الأقل – هو قولهم المشهور . إذ بنا نجد كتب الشافعية تجعل الاجازة تنفيذاً ، ثم تحكي قولاً آخر بأنها عطية .–

ففي تحفة المحتاج جـ ٧ ص ٢٢ « الإجازة تنفيذ أي إمضاء بتصرف الموصى بالزيادة على الثلث لصحته ، وفي قول عطية مبتدأة » وفي ص ٢١ : الأصح إن إجازته تنفيذ لا ابتداء عطية .

وكذلك نجد بعض كتب المالكية تحكي الرأيين عندهم وترجع القول بأنه عطية .

ففي الشرح الكبير جـ ٤ ص ٤٢٧ « وإذا أجاز الورثة كانت عطية ابتداء على القول المشهور لا تنفيذ وصية ، وبعد كلام يقول : وفي رأي آخر للمالكية لا تكون ابتداء عطية بل تنفيذ وصية ، فلا تحتاج إلى قبول آخر وتوصف الوصية على هذا بأنها صحيحة بخلاف الأول .

وجاء في المنتقى شرح الموطأ جـ ٦ ص ١٥٧ « فإن أوصى الميت بأكثر من الثلث فأجازته الورثة جاز ويكون ذلك تنفيذاً منهم لفعل الموصي ، ولم يكن ابتداء عطية منهم للموصى له خلافاً للشافعي في قوله : أنها ابتداء عطية الخ .

ويبدو لي رجحان القول الأول لسلامة دليله وقوته، **وبه أخذ القانون،** وعبارته «وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا عالمين بما يخيزونه».

ولو كان يعتبرها هبة مبتدأة لشرط في ثبوت الملك فيها وجود العقد الرسمي فيما إذا كان الموصى به عقاراً، والقبض فيما إذا كان منقولاً. كما شرطه القانون المدني في الملك بالهبة.

وقت تقدير الثلث

وإذا كانت الوصية لا تنفذ بدون توقف على الإجازة إلا في ثلث المال فما هو الوقت الذي يقدر فيه المال حتى يعلم مقدار الوصية النافذة؟.

الفقهاء مختلفون في تعيين ذلك الوقت على آراء.

فقيل: إنه يوم الوصية فلا عبرة بما يحدث بعدها من زيادة أو نقصان وهذا الرأي منسوب لبعض الشافعية. كما جاء في كتبهم[1].

ووجه أصحاب هذا الرأي ما ذهبوا إليه: بأن الوصية عقد والعقود تعتبر بأولها. وبأنه لو نذر أن يتصدق بثلث ماله اعتبر ذلك حال النذر اتفاقاً.

ويرد على ذلك بأن الوصية ليست عقداً من كل وجه، ولذلك لا يعتبر فيها الفورية ولا القبول في كثير من صورها، وبالفرق بين النذر والوصية بأنها يصح الرجوع فيها، والنذر يلزم بمجرد صدوره.

ثم إنه يترتب على هذا الرأي حرمان الورثة من الميراث فيما لو أوصى لشخص بألف جنيه مثلا حينما يملك الآلاف الكثيرة ثم نقص ماله حتى كانت

---

(١) ففي تحفة المحتاج جـ ٨ ص ٢٢. وقيل يوم الوصية فلا عبرة بما يحدث بعدها.

قيمته عند الموت ألفاً أو أقل منه فإن الموصى له يأخذها، ولا يبقى للورثة شيء.

وقيل يعتبر يوم الوفاة سواء قسمت التركة وفرزت الأنصباء في هذا الوقت أو لا، لأن هذا وقت التمليك بالوصية، وفيه تلزم من جانب الموصي، ويثبت الملك للموصى له فيه إلا أنه ملك متوقف على قبوله، ولهذا لو تأخر القبول عن وقت الموت فإنه يثبت الملك بالقبول مستنداً إلى وقت الموت.

وهذا القول هو المشهور للشافعية[1].

وقيل يعتبر يوم القسمة وفرز الأنصباء. لأنه الوقت الذي تنفذ فيه الوصية بالفعل، ويستقر فيه الملك. وإلى هذا ذهب الحنفية والمالكية[2] وهو قول للحنابلة.

وثمرة هذا الخلاف تظهر فيما إذا طرأ على التركة تغيير بالزيادة أو النقصان فإن قيمة الموصى به تتأثر بهذا التغيير على الرأي الأخير. فالنقص يلحق جميع المستحقين من موصى لهم وورثة على قدر أنصبائهم، والزيادة تكون لهم كذلك.

فلو أوصى بثلث ماله وكانت قيمة المال عند الوفاة ثلاثة آلاف، وعند

---

(١) المرجع السابق.

(٢) كثير من كتب المالكية يصرح بأن العبرة بيوم التنفيذ. ففي الشرح الكبير جـ ٤ ص ٤٣٧ ويعتبر الزائد عن الثلث يوم التنفيذ لا يوم الموت فإذا أوصى بمائة وهي ثلث ماله يوم الموت وكان ماله يوم التنفيذ مائة وخمسين أعطي خمسين وكذا لو قال: أوصيت له بثلث مالي فالعبرة بما له يوم التنفيذ.

وجاء مثل ذلك في منح الجليل، وحاشية العدوى على الخرشي.

ومن صرح بأن المعتبر يوم الوفاة قيده بوجوب مراعاة يوم التنفيذ ففي شرح الرسالة جـ ٣ ص ٤ المعتبر ثلث المال يوم الموت لأن الموصى له لا يملك الموصى له به إلا بعد موت الموصي لكن لا بد من مراعاة يوم التنفيذ، فإذا كان المال كثيراً يوم الموت بحيث يحمل ثلثه المال الموصي به وطرأ عليه بعد الموت وقبل التنفيذ نحو جائحة حتى قل فلا يلزم إلا ثلث الباقي، ولا فرق بين وصية المرض والصحة ا.هـ»

القسمة ألف وخمسمائة كان مقدار الوصية خمسمائة، ولو كان الأمر بالعكس كانت قيمتها ألفاً.

وعلى الرأي الذي قبله لا تتأثر بواحد منهما فيكون للموصى له ألف في حالة نقص التركة، وخمسمائة في حالة زيادتها. هذا إذا كانت الوصية بسهم شائع كالنصف أو الثلث مثلاً.

أما إذا كانت بعين معينة أو بمال مثلي، ثم زادت زيادة متصلة أو منفصلة ما بين وقت الموت ووقت القسمة. كما إذا أوصى بحيوان فزاد بالسمن، أو ولد فإن زيادته متصلة كانت أو منفصلة - تكون للموصى له على القول بأن العبرة بوقت الوفاة لأنه نماء ملكه، ولا تدخل في الحساب عند تقدير الثلث، وعلى الرأي الذي يعتبر وقت القسمة تكون العين موصى بها أصالة، والزيادة موصى بها تبعاً فيحسبان جميعاً في تقدير الثلث.

فلو أوصى لرجل بفرس وكانت قيمتها يوم الوفاة مائة والتركة ثلاثمائة ثم نقصت التركة إلى مائتين، أو ولدت الفرس حتى أصبحت قيمتها مائة وخمسين فإنه على رأي الشافعية تكون الفرس وولدها للموصى له سواء زاد المال أو نقص. وعلى الرأي الثاني تقوم الفرس وحدها أو هي وولدها عند القسمة فإن خرجت تلك القيمة من ثلث التركة في هذا الوقت نفذت، وإن زادت نفذت في مقدار الثلث وتوقفت في الزيادة.

والقانون لم يصرح بأحد الرأيين فهل يكون العمل بالراجح في مذهب الحنفية كما جاء في آخر المذكرة التفسيرية من أنه إذا جد من الحوادث ما لم ينص على حكمه في هذا القانون فإنه يجب الرجوع فيها إلى أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة. كما تقضي بذلك المادة - ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١؟.

كان هذا هو الظاهر الذي يسبق إلى الفهم، ولكن البحث في القانون في موضع آخر جعلنا نحكم بأنه يسير مع الشافعية الذين يقررون أن يوم الوفاة هو وقت تقدير الثلث لتلتئم أحكامه ولا تتنافر.

ذلك أنه قرر في مادته الخامسة والعشرين[1] أن الموصى له إذا كان موجوداً وقت الموت استحق الموصى به من حين الموت، وأن زوائد الموصى به المعين تكون للموصى له، ولا تدخل في تقدير الثلث، وأن على الموصى له نفقة الموصى به في تلك المدة.

وهذه الأحكام - كما ترى - لا تتفق إلا مع القول بأن وقت التقدير هو وقت موت الموصي.

---

(١) ونصها «إذا كان الموصى له موجوداً عند موت الموصي استحق الموصي به من حين الموت ما لم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق في وقت معين بعد الموت.
وتكون زوائد الموصي به من حين الملك إلى القبول للموصى له، ولا تعتبر وصية وعلى الموصي له نفقة الموصي به في تلك المدة».

الفصل الثاني
في أنواع الموصى به

وفيه مباحث

المبحث الأول
في
الوصية بالمال

تصح الوصية بالمال معلوماً كان أو مجهولاً فتجوز بعين بذاتها، أو بجزء منها أو بنوع من المال » أو بجزء شائع في هذا النوع، أو بجزء شائع في هذا المال كله.

أثر جهالة الموصى به في الوصية

الوصية في أصلها تبرع مشروع ليتدارك الإنسان بها ما فاته من واجبات أو ليصل بها من يريد، وهي في الغالب تقع في وقت متأخر قريب من الموت لا يتسع لبيان أغراض الموصي وتوضيحها كما يريد، فتصدر منه وصايا فيها إجمال وإبهام. كأن يقول أوصيت بجزء مالي، أو بسهم منه، أو اجعلوا جزءاً من أموالي صدقة بعد وفاتي، فتؤول الوصية إلى تمليك شيء غير معلوم.

وإذا كان المقرر في العقود أن يكون محلها معلوماً غير مجهول. وأن نوعاً

من الجهالة مفسد للعقود كلها، وهو الجهالة المفضية إلى النزاع الذي لا يمكن رفعه،لأن الشارع شرعها لتكون طريقاً لتحقيق مصالح الناس لا لتكون وسيلة إلى النزاع بينهم، وأن بعض العقود لا تحتمل أدنى أنواع الجهالات، وبعضها يحتمل الجهالة اليسيرة دون غيرها.

لكن الوصية لا يضرها جهالة محلها وإن لم تكن يسيرة للضرورة التي أشرنا إليها أول الكلام. كما يرى جمهور الفقهاء، أو لأنها تبرع لا يضر فيه الجهالة، كما يرى فقهاء المالكية. ومع ذلك فإن جهالة الموصى به لا تفضي إلى النزاع مهما بلغت مرتبتها حيث وكل بيان المجهول فيها إلى الموصي في حياته إن تمكن منه. أو إلى طرف واحد وهو الوارث إن وجد، أو ولي الأمر اذا كان مآل مال الميت إلى بيت المال، ولا شأن للموصى له في البيان.

فإذا بين الموصي في حياته كان للموصى له ما بينه من غير توقف على إجازة الورثة ما دام في حدود دلالة الألفاظ، وما يقتضيه العرف، وما يحقق غرض الموصي من إيصال النفع إلى الموصى له، وعلى ذلك إذا بينوا بشيء لا ينفع أصلاً، و بشيء قليل الفائدة رد عليهم بيانهم، لأن الموصي لم يكن عابثاً حينما أوصى

ولقد ضرب الفقهاء الأمثلة العديدة للوصية بالمجهول، وبينوا المراد منها، واختلف بيانهم تبعاً لاختلاف العرف في تفسير الألفاظ، أو اختلاف الدلالة اللغوية إذا لم يكن عرف، وإليك بعض ما قاله فقهاء الحنفية لأن مذهبهم هو الذي يعمل به في هذه المسائل حيث لم يعرض لها القانون.

قالوا: إذا أوصى بجزء من ماله، أو بشيء منه، أو بحظ أو نصيب منه، أو ببعضه ولم يبين في حياته كان البيان لورثته. فيقال لهم: اعطوه أي قدر من المال بعد أن يكون مفيداً.

وإذا أوصى بسهم[1] من ماله قيل إن البيان إلى الورثة أيضاً بناء على أن السهم كالجزء في عرف الناس يطلقان على القليل والكثير فلا تلزم الورثة بقدر معين .

وقيل إنه يتعين عليهم إعطاء قدر معين وهو أقل أنصباء الورثة[2] بحيث لا يزيد على السدس عند أبي حنيفة ، فإن زاد أعطى السدس فقط ، وقال صاحباه

---

(١) المالكية يقولون: إذا أوصي بسهم أو بجزء من ماله كان للموصى له سهم من أصل الفريضة فإن كانت من أربعة أعطي ربعها ، وإن كانت من ثمانية أعطي ثمنها ، وإن كانت عائلة أخذ سهماً منها بعد عولها فإذا كانت من ٢٤ وعالت إلى ٢٧ أخذ جزءا من ٢٧ هذا إذا كان له وارث ، فإن لم يكن له وارث أعطي ثمنها على الرأي الراجح عندهم باعتبار أنه أقل سهم فرضه الله تعالى . راجع شرح الخرشي على مختصر خليل جـ ٥ ص ٤٢٩ .

(٢) جاء في الفتاوى الهندية جـ ٦ ص ٩٨ ، ٩٩ ولو أوصي بسهم من ماله أو بجزء من ماله قيل للورثة: أعطوه ما شئتم ، وهذا الذي ذكرنا اختيار المشايخ بناء على ما عرفنا من أن السهم كالجزء ، وأما أصل الرواية فبخلافه ، فذكر في المبسوط : إذا أوصي بسهم لرجل من ماله فله أخس مثل سهام الورثة إلا أن يكون أقل من السدس فحينئذ يعطي السدس فعلى رواية الأصل جوز أبو حنيفة رحمه الله تعالى النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس ، وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ، وقالا يعطي للموصى له أخس سهام الورثة إلا أن يزيد على الثلث فحينئذ له الثلث كذا في الكافي ، ولو أوصي لرجل بسهم من ماله ثم مات ولا وارث له فله النصف لأن بيت المال بمنزلة الابن فصار كأن له ابنين فيكون بينهما مناصفة . كذا في محيط السرخسي .

وفي البدائع جـ ٧ ص ٣٥٦ ولو أوصي بسهم من ماله فله أخس الأنصباء يزاد على الفريضة ما لم يزد على السدس عند أبي حنيفة ، وعندهما . ما لم يزد على الثلث كذا ذكر في الأصل .

وذكر في الجامع الصغير له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على السدس عند أبي حنيفة . وعندهما لا يزاد على الثلث . فعلى رواية الأصل يجوز النقصان عن السدس عنده وعلى رواية الجامع الصغير لا يجوز .

وبيان هذه الجملة . إذا مات الموصي وترك زوجة وابنا فللموصي له على رواية الأصل أخس سهام الورثة وهو الثمن يزاد على ثمانية أسهم سهم آخر فيصير تسعة فيعطي تسع المال . وعلى رواية الجامع الصغير يعطي السدس لأنه أخس سهام الورثة .

ولو ترك زوجة وأخا لأب وأم أو لاب فللموصي له السدس عنده لأن أخس سهام الورثة هنا الربع ، وهو لا يجوز الزيادة على السدس ، وعندهما الربع لأنه أقل سهام الورثة ، وأنه أقل من الثلث فزاد على أربعة مثل ربعها وذلك سهم وهو خمس المال . =

يعطي أقل سهام الورثة بحيث لا يزيد على الثلث، فإن زاد أعطى الثلث فقط. وهذا إذا لم يكن عرف شائع فيه. فإن وجد عرف كان العمل به، وإنما قالوا يعطي مثل أقل سهام الورثة. لأن لفظ السهم يطلق على القليل والكثير، فإذا لم يكن عرف يحدد المراد منه حمل على أقل نصباء لأنه المتيقن، وما زاد مشكوك فيه.

وإذا لم يكن للموصي ورثة، ولم يبين في حياته السهم الذي أوصى به كان للموصى له نصف المال، ولبيت المال النصف الآخر، ومثله في ذلك الوصية بالجزء، لأن الموصي بهذه العبارة جعل الموصى له شريكاً لبيت المال، والشركة تقتضي المساواة. فيحمل عليها اللفظ تحقيقاً للمساواة بينهما، وإن كان اللفظان يطلقان على القليل والكثير.

وإذا أوصى بشيء من ماله أو بقليل منه فإن ولي الأمر يعطيه ما لا يصل إلى النصف حيث إن اللفظ لا يدل على النصف.

والقانون وإن لم يصرح بجواز الوصية بالمجهول إلا أنه أقر المبدأ لما جوز الوصية بما فيه جهالة كالوصية بنصيب أحد الورثة، أو بمثل نصيب وارث معين وهو - لا شك - مجهول وقت الإيصاء.

= ثم قال: وجه قولهما أن السهم اسم لنصيب مطلق ليس له حد مقدر، بل يقع على القليل والكثير كاسم الجزء إلا أنه لا يسمى سهماً إلا بعد القسمة، فيقدر بواحد من أنصباء الورثة والأقل متيقن فيقدر به إلا إذا كان يزيد ذلك على الثلث فيرد إلى الثلث لأن الوصية لا جواز لها بأكثر من الثلث من غير إجازة الورثة.

ولأبي حنيفة ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه سئل عن رجل أوصي بسهم من ماله فقال: له السدس. والظاهر أن الصحابة رضي الله عنهم بلغتهم فتواه ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد فيكون إجماعاً، وروي عن إياس بن معاوية أنه قال: السهم في كلام العرب السدس إلا أنه يستعمل أيضاً في احد سهام الورثة والأقل متيقن به فيصرف إليه، فإن كان أقل منه لا يبلغ به السدس، لأنه يحتمل أنه أراد السدس ويحتمل أنه أراد به مطلق سهم من سهام الورثة فلا يزاد على أقل سهامهم بالشك والاحتمال ا هـ.

الوصية بمثل نصيب وارث من الورثة

من صور الوصية بالمجهول التي بين الفقهاء حكمها، وأتى بها القانون في صراحة الوصية بمثل نصيب أحد الورثة.

والفقهاء متفقون على جواز الوصية بمثل نصيب أحد الورثة معيناً بذاته أو غير معين، واختلفوا بعد ذلك في موضعين:

أولهما: في جواز الوصية بنصيب أحد الورثة.

فأبو حنيفة وصاحباه يذهبون إلى عدم جواز هذه الوصية، لأنها إيصاء بمال الغير حيث إن نصيب الوارث هو ما يخصه بعد الموت، بخلاف الإيصاء بمثل نصيبه لأن مثل الشيء غيره[1].

وذهب الأئمة الآخرون ومعهم زفر من الحنفية إلى صحة تلك الوصية، لأن المقصود بقوله «أوصيت لهذا بنصيب ابني مثلا» التقدر لا الإيصاء بنفس النصيب، والكلام على حذف مضاف، وتقديره أوصيت بمثل نصيب ابني وبهذا الرأي أخذ القانون.

ثانيهما: في تقدير هذه الوصية بعد صحتها. فالمالكية[2] يقولون: إنه يأخذ نصيبه من أصل المال غير مزيد، فلو أوصى لشخص بمثل نصيب ابنه، وكان له ابنان كان مقدار الوصية نصف المال، ولو كان له ثلاثة أبناء كان مقدارها ثلث المال، ويقسم الباقي بين الورثة، وهذا هو مقتضى القياس كما يقول صاحب تبيين الحقائق من الحنفية، لأن نصيب الابن قبل الوصية من أصل

---

(١) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٨، المبسوط جـ ٢٧ ص ١٤٧.

(٢) راجع الشرح الكبير جـ ٤ ص ٤٤٦، وشرح الخرشي على مختصر خليل جـ ٥ ص ٤٢٩ ويلاحظ أن المالكية يوافقون الجمهور فيما إذا قال: اجعلوه وارثاً مع ابني، أو اجعلوه في عداد الورثة، أو انزلوه منزلة ابني. أو ألحقوه به أو ما شابه ذلك.

المال، وهو النصف في الصورة الأولى. والثلث في الصورة الثانية.

ويوافق المالكية في هذا من الفقهاء ابن أبي ليلى، وزفر من الحنفية، وداود الظاهري.

وذهب الجمهور[1] إلى أنه يستحق مثل نصيب الوارث مزيداً على أصل المال بمعنى أنه يقسم المال على الورثة الموجودين. وبعد معرفة سهام كل واحد يزاد مثل سهام ذلك الوارث على أصل التركة، ثم يعطي للموصى له تلك السهام من التركة بعد الزيادة.

فلو أوصى بمثل نصيب ابنه وكان له ابنان. فإنه تقسم التركة على اثنين فتكون سهامها اثنين يزاد عليها سهم. فتصير السهام ثلاثة، يعطى للموصى له سهم منها وهو الثلث.

وفي الصورة الثانية يكون للموصى له ربع التركة. لأن سهامها تصير أربعة لأنه في هذه الوصية جعل نصيب ابنه معياراً لما أوجب الوصية فيه، وجعل وصيته بمثل ذلك. وهذا يقتضي ألا يزيد أحدهما على الآخر، فإذا أعطى الموصى له نصيبه من أصل المال لم يكن هذا إعطاء لمثل نصيب ابنه. وانتفت التسوية بينهما، مع أن العبارة تفيد التسوية والموصى قصدها.

وإذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته غير معين. وتوفي وترك ورثة مختلفين في الأنصباء، فعند المالكية يحاسبهم بجزء على عدد رؤوسهم، فإذا كان له ولدان وبنت كان للموصى له ثلث المال، والباقي يقسم بين الورثة.

والجمهور يذهبون إلى أنه يستحق مثل نصيب أقلهم مزاداً على سهام الفريضة.

---

(١) راجع المبسوط وتبيين الحقائق للزيلعي، والمغني لابن قدامة جـ ٦ ص ٣٢.

ففي المثال السابق يقسم المال بين الولدين والبنت فتكون السهام خمسة يكون للموصى له مثل نصيب البنت . وهو سهم واحد يزاد على أصل التركة فتصير مجموع السهام ستة . فيأخذ الموصى له سدس التركة ، وإنما استحق مثل نصيب أقلهم . لأن العبارة تحتمل أنه أراد مثل نصيب أكثرهم . أو مثل نصيب أقلهم . ولما كان الأقل هو المتيقن وما زاد عنه مشكوك فيه فلا تثبت الزيادة مع الشك .

هذا إجمال لآراء الفقهاء . والقانون بعد أن جوز هذا النوع من الوصية لم يفرق بين ما إذا كانت بنصيب أحد الورثة . أو بمثل نصيبه . وجعل له مثل نصيب الوارث المعين ، أو نصيب أحدهم في غير المعين عند التساوي ونصيب أقلهم عند اختلاف الأنصباء مزاداً على سهام الفريضة لا من أصلها .

جاء بيان ذلك في المواد ٤٠ ، ٤١ ، ٤٢[١] .

وتفصيل ذلك . أن الوارث الموصى بمثل نصيبه إما أن يكون معيناً . كأن يقول : أوصيت لفلان بمثل نصيب ابني . أو غير معين : كأن يقول : أوصيت له بمثل نصيب أحد الورثة ، وفي هذا الحالة إما أن يكون أنصباء ورثته متساوية كأن يكون كلهم أبناء أو بنات أو أخوة من نوع واحد ، أو تكون الأنصباء

---

(١) ونصها مادة - ٤٠ - « إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصي استحق الموصى له قدر نصيب هذا الوارث زائداً على الفريضة » .

مادة - ٤١ - « إذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصي ، أو بمثل نصيبه استحق الموصى له نصيب أحدهم زائداً على الفريضة إن كان الورثة متساوين في الميراث ، وقدر نصيب أقلهم ميراثاً زائداً على الفريضة إن كانوا متفاضلين » .

مادة - ٤٢ - « إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة ، ونصيب أحد ورثة الموصي أو بمثل نصيبه : سواء أعين الموصي الوارث أم لم يعينه قدرت حصة الروصى له بنصيب الوارث على اعتبار أنه لا وصية غيرها ، ويقسم الثلث بينهما بالمحاصة إذا ضاق عن الوصيتين » .

وإذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود ، أو بعين من أعيان التركة بدل السهم الشائع قدر الموصي به بما يساويه من سهام التركة » .

مختلفة . كأن يكون الورثة خليطاً من الذكور والإناث ، وفي كل الصور إما أن يكون مع تلك الوصية وصية أخرى بسهم شائع من التركة ، أو بعين بذاتها أو بمقدار معين من المال . أو لا يكون معها غيرها ، وفي حالة الوصية بنصيب وارث معين قد يكون ذلك الوارث موجوداً ، وقد لا يكون موجوداً ، بل يفرضه الموصى فرضاً حين الوصية ، ولا يكون له وجود بعد وفاته . كأن يقول: **أوصيت لفلان بمثل نصيب ابن لو كان .**

هذه صور مختلفة لهذا النوع من الوصية عرض القانون لبيان أحكامها وكيفية تقديرها ما عدا الصورة الأخيرة فإنه تركها ، بل إنها حذفت بعد أن كانت في مشروع القانون بدليل أن المذكرة التفسيرية تكلمت عليها وبينت حكمها . وإليك توضيح هذه الصور .

الصورة الأولى .

أوصى بنصيب وارث معين موجود عند وفاته . كما لو أوصى بمثل نصيب بنته أو أخته مثلاً ، وكان له عند وفاته بنت أو أخت وارثة ، وفي هذه الصورة يستحق الموصى له مثل سهام البنت أو الأخت .

ولبيان مقدار الوصية تقسم التركة على الورثة الموجودين ، وبعد معرفة سهام كل وارث يزاد على مجموع السهام مثل سهام الوارث الموصى بمثل نصيبه ، ثم تقسم التركة ، وإن زاد عليه توقف الزائد على إجازة الورثة .

فلو أوصى لأخته بمثل نصيب ابنته ومات عن بنت وابن ، وترك ٦٠ فداناً فان التركة تقسم أولا بين الإبن والبنت إلى سهام ثلاثة ، للبنت واحد منها ، ثم يزاد سهم على أصلها فتصير السهام أربعة تقسم التركة عليها ، فيخص الأخت الموصى لها ١٥ فداناً ، وهي أقل من الثلث ، والباقي يقسم بين الابن والبنت .

ولو أوصى لأخيه في المثال السابق بمثل نصيب ابنه ، فإن مقدار الوصية

سهمان من خمسة وهو أكثر من الثلث فيتوقف في الزيادة على إجازة الورثة فتنفذ في عشرين فداناً، وتتوقف في أربعة على الأجازة،فإن أجازها الإبن والبنت معاً نفذت، وقسم الباقي بينهما بالميراث، وإن رداها بطلت، وإن أجازها أحدهما فقط نفذت في حق المجيز دون الآخر كما عرف فيما سبق، جاء حكم هذه الصورة في المادة ٤٠.

هذا هو حكم الوصية بمثل نصيب وارث معين موجود، أما إذا كان الوارث الموصي بمثل نصيبه غير موجود بل فرض وجوده. مثل أن يوصي لشخص بنصيب ابنه،أو بمثل نصيبه لو كان فلم يعرض لها القانون، ولكن المذكرة لتفسيرية عرضت لهذه الصورة. وبينت حكمها. ثم صرحت بأنه مأخوذ من مذهب المالكية، وهذا يدل على أنها كانت في مشروع القانون الأول. ثم حذفت منه عند مناقشته. فقد جاء فيها ما نصه.

« إذا كانت الوصية بمثل نصيب أحد الورثة وبين الموصى الوارث. بأن أوصى بنصيب إبنه. أو بمثل نصيب إبنه. أو بنصيب ابن له لو كان. أو بمثل نصيب ابن له لو كان. سواء أكان له ابن أم لم يكن فانه يفرض ابن يزاد سهمه على سهام فريضة التركة. ويكون نصيبه للموصى له. والباقي للورثة يقسم بينهم حسب فرائضهم.

وإذا كان من أوصى بنصيبه أو بمثل نصيبه لو فرض موجوداً يحجب غيره من الورثة حجب حرمان. أو حجب نقصان فإن الفريضة تصحح بالنسبة لغير المحجوب. ثم يزاد عليه سهم للموصى له. كما لو ترك الميت أخا وبنتاً وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان اعتبرت التركة سهماً واحداً للبنت يزاد عليه سهمان للابن الموصى بنصيبه فيكون له ثلثا التركة إن أجاز الأخ والبنت، وإلا كان له الثلث، والباقي بعد الوصية يقسم بين الأخ والبنت قسمة الميراث مادة -

٤٠ ـ وبعد كلام تقول: والأحكام في المادة ٤٠ مأخوذة من مذهب الحنفية إلا في الوصية بمثل نصيب ابن لو كان ولم يكن له ولد فالحكم من مذهب مالك » .

هذا ما جاء بالمذكرة التفسيرية بصدد بيان مسألة الوصية بنصيب وارث مفروض وجوده وليس موجوداً بالفعل. فهل يكون العمل فيها ـ بعد أن لم ينص القانون عليها ـ بمذهب المالكية كما جاء بتلك المذكرة؟ مع أننا نعلم أن مهمة المذكرات التفسيرية ليست مهمة تشريعية. بل هي موضحة ومفسرة لمشروعات القوانين، فما جاء فيها لا يعتبر تشريعاً إلا إذا صدر القانون وفق ما فيها، أما إذا أتى بما يخالفها، أو أهمل جزءاً مما تعرضت له فإنه لا يعول على ذلك الجزء.

إن الأصل المقرر هو الرجوع إلى مذهب الحنفية في كل ما لم ينص القانون عليه، ويعمل بالراجح فيه ما لم يكن مخالفاً لما في القانون من أحكام.

وبالرجوع إلى مذهب الحنفية نجده لا يخالف القانون في شيء من أحكامه لأنه وإن خالف ما أخذ به القانون في الوصية بنصيب وارث معين موجود حيث أبطلها ، والقانون صححها ولم يفرق بينها وبين الوصية بمثل نصيب ذلك الوارث إلا أنه في هذه المسألة قد سوى بين الصورتين، وأجاز الوصية بنصيب وارث معين غير موجود[1].

---

(١) جاء في الفتاوى الهندية جـ ٦ ص ٩٩ فإن أوصى له بنصيب ابنه أو ابنته وله ابن أو بنت فإنه لا تصح الوصية، ولو أوصى له بنصيب ابنه أو ابنته وليس له ابن وبنت فإنه تجوز الوصية » . اهـ.

ومن هنا لا يظهر وجه لما جاء بالمذكرة التفسيرية من التصريح بأن هذا مأخوذ من مذهب مالك، لأن واضع المذكرة إن أراد أن المالكية هم الذين سووا بين العبارتين.

الوصية بنصيب الوارث أو بمثل نصيبه » وصححوا الوصية في الصورتين، والحنفية لم يصححوا إلا الوصية بمثل نصيب الوارث. إن أراد ذلك فهاهم الحنفية قد صححوها في هذه =

كما أجازها بمثل نصيبه، وفرض له سهاماً مزادة على أصل التركة كما سار عليه القانون في الوصية بنصيب الوارث بوجه عام، وحينئذ يتعين العمل بهذا المذهب في هذه المسألة.

وسبب التفرقة عندهم بين الوضية بنصيب وارث موجود، والوصية بنصيب وارث غير موجود حيث أبطلوها في الأولى، وصححوها في الثانية. أن الوصية في الأولى وصية بحق الغير فتبطل، بخلاف الثانية، لأن الوارث مفروض وجوده، فهو غير موجود ولا حق له، فالوصية بنصيبه ليست إيصاء بحق الغير فتصح.

والمقرر عندهم في هذا الموضع أن التركة تقسم على الورثة الموجودين كي تعرف سهام كل وارث، وعلى ضوئها تعرف سهام الوارث المفروض الموصى بنصيبه أو بمثل نصيبه، ثم تضاف مثل سهام ذلك الوارث على أصل الفريضة، ثم تعطى للموصى له إن خرجت من الثلث من غير توقف. فإن زادت توقفت في الزيادة على إجازة الورثة. وإن كان الوارث المفروض يحجب بعض الورثة الموجودين حجب حرمان أو حجب نقصان لو كان موجوداً فرض وجوده ليتم الحجب فتوزع التركة بينهم على هذا الأساس.

ولا فرق بين الوصية بنصيب الوارث المفروض والوصية بمثل نصيبه في الأحكام إلا في مقدار الوصية الذي يختلف تبعاً لاختلاف الورثة الذي تقسم بينهم التركة في الحالتين[1].

= الصورة بالعبارتين لعدم وجود المانع، وإن أراد أنه يتبع مذهب المالكية في كيفية تقدير الوصية فلا وجه له، لأن التشريع يضطرب. حيث إن المالكية في تقدير الوصية يجعلون سهام الموصى له من أصل المال، والقانون اختار أن تكون مزادة عليه. أي يأخذها من الفريضة بعد الزيادة، وعلى هذا لا يكون للاحالة على مذهب مالك وجه حتى ولو صدر التشريع بهذه المسألة لأن في مذهب الحنفية وفاء بها، والأخذ به لا تضطرب معه أحكام القانون».

(١) جاء في الفتاوى الهندية جـ ٦ ص ٩٩، ص ١٠٠ ما نصه «ولو أوصى بنصيب ابن لوكان

ففي صورة الوصية بنصيب ابن لو كان تقسم التركة على الورثة الموجودين بالفعل دون أن يكون معهم الابن، ثم تضاف مثل سهامه بعد معرفتها، وفي الوصية بمثل نصيب ابنه تقسم التركة على الورثة الموجودين ومعهم ذلك الابن ثم تضاف مثل سهامه على أصل الفريضة.

وسبب هذه التفرقة اختلاف العبارتين في الدلالة. فعبارة مثل نصيب ابنه تقتضي وجود نصيب للابن، ومثل ذلك النصيب، لأن مثل الشيء غيره فلا بد من فرض نصيب للابن مع الورثة في أصل التركة وزيادة مثل هذا النصيب عليها بخلاف عبارة نصيب ابنه. فإنها لا تقتضي إلا وجود نصيب واحد للابن. توضيح ذلك بالأمثلة:

= فالجواب فيه كالجواب فيما أوصى له بمثل نصيب ابنه يعطي نصف المال أن أجازت الورثة ولو أوصى له بمثل نصيب ابن لو كان يعطي له ثلث المال كذا في شرح الطحاوي وقال محمد رحمه الله: رجعل هلك وترك أما وابناً وأوصى لرجعل بنصيب بنت لو كانت، فالوصية من سبعة عشر سهماً. للموصى له خمسة. وللأم سهمان، وللابن عشرة، والوجه في ذلك أن تصحح الفريضة أولا، فتقول لولا الوصية لكانت الفريضة من ستة للأم السدس سهم. والباقي للابن خمسة فإذا أوصي بنصيب بنت لو كانت يزاد على الفريضة نصيب بنت، وهو نصف نصيب الابن، فيزاد على أصل الفريضة سهمان ونصف. فصار ثمانية ونصف فوقع الكسر فوجب الضعيف فصار سبعة عشر، وصار لكل ضعف ذلك. يعطي للموصى له أولا خمسة لأن وصيته حصلت بأقل من الثلث فتكون متقدمة على الميراث. بقي ثمة اثنا عشر تعطى الأم السدس سهمان يبقى عشرة. فظهر أنا أعطينا الموصى له بنصيب بنت لو كانت نصف ما أعطيناه للابن فاستقام التخريج.

قال: ولو ترك امرأة وابناً وأوصى بنصيب ابن آخر لو كان. وأجازت الورثة الموصية فالفريضة من خمسة عشر للموصى له سبعة أسهم. وللمرأة سهم. وللابن سبعة والوجه ما ذكرنا غير أن هذه الوصية تحتاج إلى إجازة المورثة.

وإذا هلك الرجل وترك بنتاً وأخاً، وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان فللموصى له ثلثا المال والثلث بين الأخ والبنت نصفان. هذا إذا أجازا وإن لم يجيزا فللموص له الثلث والثلثان بين الأخ والبنت نصفان. ولو أوصى بمثل نصيب ابن لو كان والمسألة بحالها فللموصى له خمسا المال إن أجازا.

قال: وإذا هلك رجل وترك أخاً وأختاً، وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان وأجازا =

إذا وصى بنصيب ابن لو كان، وترك بنتا واحدة، فإن المال كله سهم واحد للبنت، ونصيب الابن على هذا سهمان يزاد على أصل الفريضة فتكون السهام ثلاثة للموصى له سهمان إن أجازت البنت الزيادة. وإلا فيكون سهم واحد وهو الثلث، والباقي في الحالتين للبنت ميراثاً.

وإذا كانت الوصية بمثل نصيب ابن لو كان والمسألة بحالها تقسم التركة بين بنت وابن فتكون السهام ثلاثة يزاد عليها مثل سهام الابن فتصير السهام خمسة يعطى للموصى له سهمان إن أجازت البنت، وإلا فيكون له الثلث فقط.

ولو أوصى لشخص بنصيب ابن لو كان وترك زوجة وأخا لأم. ففي هذا المثال لو كان الابن موجوداً لحجب الأخ لأم حجب حرمان، والزوجة حجب نقصان، فتقسم التركة على هذا الأساس، وسهامها ثمانية وللموصى له سبعة منها يأخذها إذا أجازها الأخ والزوجة، وإن لم يجيزا كان له ثلث المال والباقي يقسم بين الزوجة والأخ لأم، للزوجة ربعه، وللأخ لأم الباقي فرضاً ورداً.

ولو أوصى في المثال السابق لذلك الشخص بمثل نصيب ابن لو كان، كانت السهام خمسةعشر، للموصى له منها سبعة إن أجازها الأخ والزوجة، وإلا كان له خمسة أسهم، والباقي بين الزوجة والأخ لأم على الوجه السابق.

الصورة الثانية: أوصى بمثل نصيب أحد الورثة من غير تعيين.

وفي هذه الصورة تقسم التركة على الورثة الموجودين، وبعد معرفة سهام

فللموصى له جميع المال. ولا شيء للاخ ولا للأخت، ولو أوصي بمثل نصيب ابن لو كان للموصى له نصف المال إن أجازا والنصف الآخر يقسم بين الأخ والأخت أثلاثاً، وإن لم يجيزا فللموصى له ثلث المال. ويقسم الباقي بينهما.

ولو ترك بنتاً وأختاً وأوصى لرجل بنصيب بنت لو كانت كان للموصى له ربع المال أجازتا أولاً.

كل واحد يزاد على مجموع السهام مثل سهام أحد الورثة إذا كانوا متساوين في الأنصباء ،أو مثل سهام أقلهم عند عدم التساوي، ثم توزع التركة على ذلك المجموع الجديد بالطريقة السابقة.

مثال ما إذا كانت السهام متساوية، أوصى لابن أخيه بمثل نصيب أحد ورثته ،وتوفي عن أب وأم وأربع بنات، وترك ٧٠ فداناً، فإن التركة تقسم على الورثة أولا للأب السدس، وللأم مثله، والباقي بين البنات، الأربع، فالأنصباء متساوية، ومجموع السهام ستة يزاد عليها واحد، فتصير سبعة تقسم التركة عليها، فيأخذ الموصى له سبعها وهو عشرة أفدنة، وكل وارث يأخذ عشرة.

ومثال الأنصباء المختلفة. أوصى لبنت أخيه بمثل نصيب أحد الورثة ومات عن زوجة وجدة وأختين شقيقتين، وأخ لأب، فإن التركة تقسم على الورثة كالآتي، للزوجة الربع، وللجدة السدس، وللأختين الثلثان، ولا يبقى للأخ شيء، والمسألة من ١٢ تعود إلى ١٣. للزوجة ثلاثة أسهم، وللجدة سهمان. وللأختين ثمانية كل واحدة أربعة، فمجموع السهام ١٣ يزاد عليها مثل سهام أقل الورثة، وهو نصيب الجدة، فيصير المجموع ١٥ جاء بيان حكم هذه الصورة في المادة ٤١.

الصورة الثالثة: أوصى بوصيتين إحداهما بمثل نصيب أحد الورثة معيناً كان أو غير معين، والثانية بسهم معلوم من التركة شائع. كالثلث أو الربع أو الخمس مثلاً.

وللفقهاء في استخراج مقدار هذه الوصية طريقتان:

احداهما: انه يقدر نصيب الموصى له بمثل نصيب أحد الورثة بالطريقة السابقة كأنه لا وصية غيرها، بأن تقسم التركة كلها على الورثة، ثم يزاد على

مجموع السهام مثل سهام الوارث المعين، أو مثل سهام أقل الورثة، ويقدر نصيب الموصى له بالنظر إلى هذا المجموع، ثم ينظر إلى الوصيتين معاً فإن خرجتا من الثلث نفذتا من غير توقف على إجازة الورثة، وإلا توقف الزائد على الاجازة، فإذا لم يجز الورثة الزيادة قسم الثلث بينهما بالمحاصة.

فإذا أوصى لابن أخيه بثلث تركته، و لبنت أخيه بمثل نصيب ابنته ومات وترك أما وبنتين وأختا شقيقة. تقسم التركة بين الورثة على الوجه الآتي: للأم ١/٦ وللبنتين ٢/٣، وللأخت الباقي وهو ١/٦ فالمسألة من ٦ يزاد عليها سهمان للموصى لها بمثل نصيب البنت، فيصير مجموع السهام ٨ فتكون بنت الأخ موصى لها بالربع، فاجتمع ثلث وربع وهما أكثر من الثلث، فإذا لم يجز الورثة الزيادة قسم الثلث بينهما بنسبة الثلث إلى الربع، فنحتاج إلى عدد له ثلث وربع وأقل عدد كذلك هو ١٢.

فإذا كانت التركة ٦٣ فداناً قسم ثلثها وهو ٢١ فداناً بين الوصيتين بنسبة ٣ : ٤ فيعطي لابن أخيه ١٢ فداناً ولبنت الأخ ٩ أفدنة.

والثانية إنها تقدر من الباقي بعد إخراج مقدار الوصية بالسهم الشائع، ففي المثال السابق يخرج الثلث أولا، ثم تقسم الثلثين على الورثة على الوجه السابق للأم السدس، وللبنتين الثلثان، وللأخت الباقي وهو السدس، فالسهام ٦ يزاد عليها سهمان مثل نصيب البنت فتصير ٨، وإذا كانت هذه هي سهام الثلثين فيكون أصل التركة من ١٢ يستحق الموصى له بالثلث منها ٤، والموصى لها بمثل نصيب البنت ٢ ومجموعهما أكثر من الثلث، فإذا لم يجز الورثة الزيادة قسم الثلث بينهما بالمحاصة بنسبة ٤ : ٢.

والقانون بلفظه يسير مع الطريقة الأولى. جاء في الفقرة الأولى من المادة - ٤٢ - « إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة ونصيب أحد ورثة الموصى أو

بمثل نصيبه سواء أعين الموصى الوارث أم لم يعينه، قدرت حصة الموصى له بنصيب الوارث على اعتبار أنه لا وصية غيرها، ويقسم الثلث بينهما بالمحاصة إذا ضاق عن الوصيتين».

والمذكرة التفسيرية توضح ذلك فتقول في هذا الموضع: «إذا أوصى بمثل نصيب ابنه لشخص، وبربع التركة لشخص آخر قدرت الوصية بالنصيب بما تساويه من سهام التركة كأنه لا وصية غيرها، ويقسم الثلث بين الوصيتين بالمحاصة إن لم يسعهما ولم يجز الورثة، ففي المثال السابق إذا ترك الموصى ولدين كانت الفريضة من اثنين يزاد عليهما سهم الموصى له، فيكون له الثلث، والوصيتان ثلث وربع أكثر من ثلث التركة، فاذا لم يجز الولدان الزائد على الثلث كان الثلث بين الموصى لهما سبعة أجزاء أربعة سهام لصاحب الثلث، وثلاثة لصاحب الربع».

ثم نصت على أن حكم هذه المادة مأخوذ من مذهب الإمام أحمد بن حنبل فصريح القانون ومذكرته التفسيرية ناطقان بأنه يسير مع إحدى الطريقتين[1] في مذهب الحنابلة وهي الطريقة المنسوبة ليحي بن آدم.

---

(١) جاء في المغنى جـ ٦ ص ٣٨ ما نصه «وإذا أوصي لرجل بجزء مقدر ولآخر بمثل نصيب وارث من ورثته ففيه وجهان. أحدهما: يعطي الجزء لصاحبه ويقسم الباقي بين الورثة والموصى له كأنه ذلك الوارث إن أجازوا، وإن ردوا الثلث بين الوصيتين على حسب ما كان لهما في حال الإجازة، والثلثان بين الورثة.

والوجه الثاني: أن يعطي صاحب النصيب مثل نصيب الوارث كأن لا وصية سواها، وهذا قول يحي بن آدم.

مثاله. رجل أوصي بثلث ماله لرجل، ولآخر بمثل نصيب أحد بنيه وهم ثلاثة، فعلى الوجه الأول للموصى له بالثلث الثلث، وما بقي بين البنين والموصى له على أربعة وتصح من ستة. لصاحب الثلث سهمان، وللآخر سهم، وإن ردوا فالثلث بين الوصيتين على ثلاثة، والثلثان بين البنين على ثلاثة، وتصح من تسعة.

وعلى الوجه الآخر لصاحب الثلث الثلث. وللآخر الربع إن أجيز لهما، وإن رد عليهما قسمت الثلث بينهما على سبعة والثلثان للورثة. وتصح من ثلاثة وستين.

وهذه الطريقة تسوى بين الوصيتين حيث تعتبر كلا منهما من كل المال. بخلاف الطريقة الأخرى فإنها تعتبر إحدى الوصيتين - وهي ما كانت بالسهم الشائع - من كل المال، وتعتبر الأخرى - وهي ما كانت بمثل نصيب أحد الورثة - من باقي المال بعد الوصية الأولى، والمفروض أن الموصى وضعهما في موضع واحد، فكيف نفرق بينهما؟!

وقد تترجح الطريقة الثانية بأن تصيب الوارث الموصى به لا يقدر إلا بعد إخراج الوصية، فإذا وجدت وصيتان. إحداهما بسهم مقدر، والأخرى بمثل نصيب أحد الورثة. قدرت الوصية الأولى من كل المال، وقدرت الثانية من التركة بعد إخراج الوصية الأولى وهو الباقي، فلو قدرناها من كل التركة لم تكن بمثل نصيب الوارث لأن الوارث لن يأخذ هذا المقدار بل أقل منه فيما إذا لم تزد الوصيتان على الثلث.

الصورة الرابعة: أوصى لشخص بعين بذاتها أو بمقدار معين من النقود مع الوصية لآخر بمثل نصيب أحد الورثة كذلك معيناً أو غير معين.

وفي هذه الصورة يتبع في تقدير الوصية بمثل نصيب الوارث الطريقة السابقة، ولما كانت الوصية الأخرى لا يعلم مقدارها بالنسبة لكل التركة حتى يعرف نسبتها للوصية الأخرى عند تقسيم الثلث بينهما، فانه ينظر أولاً لما تساويه هذه الوصية من سهام التركة ليعرف نسبتها، أي ربعها أم خمسها أم غير ذلك فاذا عرفنا مقدار سهام كل من الوصيتين بالنسبة إلى التركة ووجدنا قيمتها تزيد على الثلث ولم يجز الورثة الزيادة قسم بينهما بالمحاصة.

فلو أوصى لشخص بدار معينة، وكانت قيمتها عند وفاته ألفاً من الجنيهات، وأوصى لأخيه بمثل نصيب ابنه، ثم ترك ولدين وما قيمته ستةآلاف جنيه.

ففي هذا المثال نجده قد أوصى للشخص الأول بما قيمته سدس التركة، وللثاني بما قيمته ثلثها، لأن المال بين الابنين على سهمين يزاد عليهما سهم للأخ الموصى له، وحينئذ يكون قد اجتمعت وصيتان بالسدس وبالثلث، فاذا لم تجز الورثة تلك الزيادة قسم الثلث بينهما بالمحاصة بنسبة ١ : ٢ .

جاء بيان هذه الصورة في الفقرة الثانية من المادة - ٤٢ - والمذكرة التفسيرية تقول: « وإذا كان بدل الوصية بالسهم الشائع وصية بعين من أعيان التركة، أو بدراهم مرسلة قدرت العين أو الدراهم بما تساويه من سهام التركة وقدرت الوصية بالنصيب كذلك. وقسم الثلث بين الوصيتين على الوجه السابق.

أثر هلاك الموصى به أو استحقاقه كله أو بعضه في الوصية

قد يحدث بعد إنشاء الوصية أن يهلك المال الموصى به كله أو بعضه، أو يتبين أنه لم يكن مملوكاً له حين إنشائها فيؤثر ذلك في الوصية، لكن هذا التأثير يختلف باختلاف صور الوصية بالنسبة لما تعلقت به من مال، لأنها قد تكون بعين بذاتها، أو بجزء شائع فيها كما تكون بنوع من المال، أو بجزء شائع في هذا النوع، أو بعدد محدد منه، وقد تكون بجزء شائع في كل المال، فهذه ست صور.

الصورة الأولى: إذا كانت الوصية بعين بذاتها - كما لو أوصى بهذه الدار أو بهذه السيارة مثلا - تعلقت الوصية بهذه العين، ولا يمكن صرفها إلى غيرها فتبقى الوصية ما بقي الموصى به، فاذا هلكت العين كلها بطلت الوصية لفوات محلها، ولو هلك بعضها بطلت فيما هلك، وكان للموصى له باقيها إن خرج من ثلث التركة، وكذلك لو ظهر استحقاقها حيث يتبين أنه أوصى بما لا يملكه فتعود العين إلى ملك صاحبها ،وحقه مقدم على حق الموصى له، ولا فرق بينهما

إلا في أن الهلاك مبطل لها إذا حدث قبل القبول والقبض[1]، والاستحقاق مبطل لها مطلقاً قبل القبول والقبض وبعدهما على السواء.

الصورة الثانية: إذا أوصى بسهم شائع في معين كنصف دار معينة تعلقت الوصية بنصف غير معين، فاذا هلكت الدار كلها أو استحقت بطلت الوصية وإذا هلك جزؤها أو استحق استوفى الموصى له حقه من باقيها إن وفي به، وإن لم يف به أخذ كل الباقي إذا كان ما يأخذه يخرج من الثلث في كل الحالات.

وإنما بقيت الوصية صحيحة مع هلاك البعض، لأنه لم يتيقن فوات محلها حيث لم يتعين لها جزء خاص، فما بقي من العين يكون مصروفاً إلى الوصية، لأنها مقدمة على الميراث، ولا ضرر يلحق الورثة حيث يسلم لهم ثلثا التركة.

الصورة الثالثة: إذا أوصى بنوع من أمواله - كما لو أوصى بغنمه أو بإبله أو بخيله مثلا - فان كان يوجد عنده هذا النوع حين إنشاء الوصية تعلقت بالموجود منه، حتى لو هلك ما عنده أو استحقت بطلت الوصية لفوات المحل، فاذا اكتسب منه شيئاً قبل وفاته لا تعود الوصية صحيحة، لأن الباطل لا ينقلب صحيحاً.

---

(١) هذا إذا هلكت بغير تعد من أحد عليها قبل وفاة الموصي او بعدها، وكذلك إذا استهلكت قبل وفاته سواء كانت بسبب موجب للضمان أو لاً، أو استهلكت بسبب غير موجب للضمان بعد وفاته.

أما إذا تعدى عليها إنسان بعد الوفاة فأتلفها أو أتلف بعضها وضمن قيمتها فإنها لا تبطل. لأن حق الموصى له يتعلق بالقيمة. فإن قبل الوصية في ذلك البدل صحت ونفذت عند الحنفية.

والسبب في هذا هو أن ملك الموصى له يثبت من وقت موت الموصي فيكون الاستهلاك واقعاً على ما يملك فيستحق بدل العين الهالكة، ولأن حق الموصى له تأكد بها بالموت فيثبت لذلك في بدلها، بخلاف ما إذا حصل الاستهلاك قبل الموت فإن حقه لم يتأكد فيبطل بفوات العين ولا يتحول إلى بدلها.

وإذا هلك البعض أو استحق أخذ الباقي إذا كان يخرج من الثلث، وإلا أخذ بقدره.

وإذا لم يكن عنده من هذا النوع شيء فإن الوصية تتعلق بما يكون في ملكه حين الوفاة.

الصورة الرابعة: إذا أوصى بسهم شائع في نوع معين كالوصية بثلث سياراته - فإن كان عنده سيارات تعلقت الوصية بالموجود منها، فلو هلكت جميعها بطلت الوصية حتى ولو ملك غيرها من السيارات، وإن هلك بعضها كان للموصى له[1] ثلث الباقي ما دام يخرج من ثلث التركة، وإلا أخذ منه مقدار ما يخرج من الثلث، وإذا لم يكن عند الموصى شيء من هذا النوع حين الوصية كان للموصى له ثلث الموجود في ملك الموصي حين الوفاة.

الصورة الخامسة: إذا كانت الوصية بعدد محدود من نوع معين فإن القانون اعتبرها كالوصية بسهم شائع في النوع على معنى أنه لو هلك النوع كله بطلت

---

(١) القانون في هذا الحكم أخذ برأي زفر من الحنفية، وترك رأي أبي حنيفة وصاحبه الذين ذهبوا إلى أن الموصى له يأخذ كل وصيته من الباقي متى كانت تخرج من ثلث التركة، فلو أوصي بثلث غنمه فهلكَ ثلثاها كان للموصى له الباقي عندهم، وعند زفر يأخذ ثلث الثلث. لأنه يرى أن النوع للموصي بسهم منه مشترك بين الموصى له وبين الورثة فما هلك يهلك على الكل والباقي يكون بينهم على الشركة أيضاً.

وأما الإمام وصاحباه فيرون أن الهلاك في المال المشترك يلحق الكل إذا استوت حقوق الشركاء، وهنا الحقوق متفاوتة، فحق الموصى له مقدم على حق الورثة، لأن الوصية مقدمة على الميراث فيصرف الهالك إلى الحق المتأخر وهو حق الورثة ويأخذ الموصى له حقه كاملاً حيث أمكن جمع حقه في الباقي. وصار ذلك كما لو أوصى بعشرة من الغنم فهلكت الغنم كلها ولم يبق منها إلا عشرة فإنه يأخذها الموصى له إذا خرجت من الثلث.

ولقد قيل: إن هذا الخلاف فيما إذا كان النوع الموصي بسهم منه مثلياً لإمكان تجميع حق الموصى له في بعضه. وأما إذا كان قيمياً فإنه لا خلاف بينهم. بل هم متفقون على أن الموصى له يستحق حصته من الباقي فقط.

راجع تبيين الحقائق للزيلعي جـ ٦ ص ١٨٩.

الوصية،وإذا هلك بعضه فقط كان له سهمه من الباقي.

فلو أوصى بعشرة من غنمه، وكان له عند الوصية مائة منها اعتبرت الوصية في هذه الحالة بعشر الغنم، فلو هلك منها خمسون كان للموصى له عشر الباقي وهو خمسة.

أخذ القانون في هذا برأي ابن الماجشون من المالكية كما صرحت المذكرة التفسيرية معللة ذلك بأنه أيسر وأعدل، وترك مذهب الحنفية الذي يجعل للموصى له في هذه الحالة العدد الموصى به أو ما يبقى إذا كان الباقي أقل منه. ففي المثال السابق يكون للموصى له عشرة من الخمسين الباقية، فلو هلكت كلها ولم يبق منها إلا عشرة أو أقل أخذها ما دامت تخرج من ثلث التركة، وإن لم تخرج منه أخذ منها بمقدار الثلث فقط.

ولا شك في أن مذهب الحنفية يحقق غرض الموصى حيث قصد الوصية بهذا العدد، ولو أراد الوصية بسهم من هذا النوع لقال: أوصيت بعشر هذا النوع لوضوح دلالته على غرضه.

الصورة السادسة: إذا أوصى بسهم شائع من كل ماله ـ كما لو أوصى بربع ماله مثلاً ـ تعلقت الوصية بما يكون له عند الوفاة. ولا أثر للهلاك الذي يصيب المال أو الاستحقاق الذي يتعلق ببعضه قبلها في الوصية،فلو كان ماله وقت الوصية بالربع أربعة آلاف، ثم صار عند الوفاة ستة آلاف كان للموصى له ألف خمسمائة،ولو صار ألفا كان له منها مائتان وخمسون.

ولو هلك كل ماله الموجود وقت الوصية ، ثم استفاد غيره قبل الموت تعلقت به الوصية، ولو لم يكن له مال حين الوصية ثم استفاد مالا بعدها كان للموصى له سهمه في الموجود وقت الوفاة.

جاءت أحكام هذه الصورة في المواد[1] ٤٧ ، ٤٨ ، ٤٩ من قانون الوصية وفق مذهب الحنفية ما عدا حكم الوصية بعدد محدد من نوع معين فقد أخذ فيها برأي ابن الماجشون المالكي كما سبق بيانه .

تنفيذ الوصية بالمال إذا كان في التركة دين أو مال غائب

وإذا كانت التركة كلها مالا حاضراً أخذ أصحاب الوصية نصيبهم كله من غير تأخير ، وإذا كانت كلها مالا غائباً أو ديوناً فإن تنفيذ الوصية يؤخر حتى يحضر المال الغائب أو تستوفي الديون،فكلما حضر شيء قسم بين الموصى لهم والورثة بنسبة أنصبائهم .

أما إذا كان في التركة مال حاضر[2] وآخر غائب أو دين أو كانت خليطاً

---

(١) ونصها مادة ـ ٤٧ ـ « إذا كانت الوصية بعين من التركة أو بنوع من أنواعها فهلك الموصي به أو استحق فلا شيءللموصى له ، وإذا هلك بعضه أو استحق أخذ الموصى له ما بقي منه إذا كان يخرج من ثلث التركة وإلا كان له فيه بقدر الثلث » .

مادة ـ ٤٨ ـ « إن كانت الوصية بحصة في معين فهلك أو استحق فلا شيء للموصى له . وإذا هلك البعض أو استحق أخذ الموصى له جميع وصيته من الباقي إن وسعها وكانت تخرج من ثلث المال وإلا أخذ الباقي من جميعه إن كان يخرج من الثلث أو أخذ بقدر ما يخرج من الثلث » .

مادة ـ ٤٩ ـ إذا كانت الوصية بحصة شائعة في نوع من أموال الموصي فهلك أو استحق فلا شيء للموصى له وإن هلك بعضه أو استحق فليس له إلا حصته في الباقي إن خرجت من ثلث المال وإلا أخذ منه بقدر الثلث .

وتكون الوصية بعدد شائع في نوع من الأموال كالوصية بحصة شائعة فيه » .

(٢) المال الحاضر: هو ما كان تحت تصرف الموصى له أو الورثة فيشمل الأموال التي تحت أيديهم حقيقة أو حكماً كالتي تحت أيدي الأمناء كالوكلاء . والتي إذا طلبت أجيب إليها . كالمودعة في المصارف المأمونة .

والمال الغائب: هو الذي ليس تحت أيديهم لا حقيقة ولا حكماً كالموجود في مكان بعيد غير مأمون . كالبضاعة المسافرة في سفينة . أو كانت تحت يد غير مؤتمن كالمال المغصوب . أو المودع في مصرف في بلد معاد لبلد الموصي، أو الذي في يد الغير من غير دليل يثبته أو يتعذر=

من الأنواع الثلاثة . فإن اتفق الموصى له مع الورثة على طريقة لأخذ حقه وجب اتباع ما اتفقوا عليه، وإن لم يتفقوا على شيء اختلفت الطريقة تبعاً لاختلاف الموصى به، أو لاختلاف من عليه الدين.

لأن الموصى به قد يكون نقوداً مرسلة، وقد يكون عيناً من الأعيان، كما يكون بسهم شائع في كل المال أو في نوع منه، والدين قد يكون على اجنبي، وقد يكون على أحد الورثة حل وقت أدائه عند قسمة التركة أو لم يحل بعده فيخرج من ذلك صور عديدة.

الصورة الأولى: إذا أوصى بنقود مرسلة وكان في التركة مال غائب أو دين على أجنبي فإذا كانت النقود الموصى بها تخرج من ثلث المال الحاضر أخذها الموصى له كلها نقداً إن وجدت نقود تكفيه، وإلا بيع له من المال بقدر ما يفي بحقه، وإن لم تخرج من ثلث الحاضر أخذ منها بقدر ثلث الحاضر، وكلما حضر شيء من المال الغائب أو الدين أخذ منه بقدر ثلثه إلى أن يستوفي وصيته.

فلو أوصى لشخص بألف جنيه،وكان الحاضر من التركة ثلاثة آلاف أخذ الموصى له الألف كلها، فإذا كان الحاضر ألفاً وخمسمائة، وقيمة الديون ألفان فإنه يأخذ من الحاضر ثلثه. وهو خمسمائة، وكلما حضر شيء من الديون أخذ

= تسلمه منه. والاعتبار بالغياب وقت الوفاة، لأنه الوقت الذي تقدر فيه التركة. ثم يستمر غيابه إلى وقت القسمة.

والدين: هو ما كان في ذمة الغير ولم يستوف إلى وقت القسمة: أما ما استوفي بعد الموت وقبل القسمة فهو مال حاضر.

والنقود المرسلة: هي التي لم تعين بذاتها ولم تكن من نوع معين من ماله كالوصية بمائة جنيه مثلاً.

والمراد بالعين. ما يشمل النقود المعينة كالوصية بوديعة بعينها. وعروض التجارة وكل معين من العقارات والمنقولات.

مقدار ثلثه حتى يستوفي .

وإنما أخذ كل حقه في حالة خروجه من الحاضر، لأن الموصى ملكه قدراً معلوماً، ولم يجعله شريكاً للورثة، والوصية مقدمة على الميراث، فما دام سيبقى للورثة ضعف ما أخذه الموصى له فلا يلحقهم ضرر من جانب الوصية حتى ولو هلك المال الغائب، بخلاف ما إذا كان لا يخرج من ثلث الحاضر فإنه لو اعطى حقه كله منه يتضرر الورثة لاحتمال ألا يجيء من الدين أو المال الغائب شيء. فمراعاة لحق الجميع يعطي ثلث الحاضر، وينتظر مجيء الغائب. أو تحصيل الدين فيشاركهم فيه بمقدار الثلث حتى يستوفي كل حقه.

الصورة الثانية: إذا كانت الوصية بعين من أعيان التركة وفيها مال غائب أو دين على أجنبي - كما لو أوصى بداره المعينة، أو بقطعة أرض محددة. أو بما في محل تجارته من بضاعة، أو بالنقود المودعة عند فلان - فإنه ينظر للعين الموصى بها مع الحاضر، من التركة فإن كانت تخرج من ثلثه أخذها الموصى له لأنه لا ضرر على الورثة في هذه الحالة، فإن كانت لا تخرج منه أخذ منها بمقدار ثلث الحاضر وباقيها يكون ملكاً للورثة، وكلما حضر شيء من المال الغائب أو الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي ما يعادل باقي الوصية وهو قيمة الجزء الذي أخذه الورثة منعاً للضرر عنهم، وإن كان الموصى له أخذ بعض الموصى به بذاته وبعضه بقيمته.

فلو أوصى لشخص بقطعة أرض محدودة قيمتها ألف من الجنيهات، فإن كان الحاضر من تركته يساوي ثلاثة آلاف أخذ الموصى له قطعة الأرض كلها، وإن كان الحاضر منها يعادل ألفاً وخمسمائة، وفيها ديون تساوي ألفان أخذ الموصى له نصف قطعة الأرض، وأخذ الورثة نصفها الآخر، وكلما استوفى مقدار من الديون أخذ الموصى له ثلثه حتى يستوفي باقي قيمة الأرض.

جاء حكم هاتين الصورتين في المادة ـ ٤٣[1] موافقاً لمذهب **الحنفية في** الصورة الأولى بينما أخذ حكم الثانية مما نقل عن الباجي من فقهاء **المالكية كما** صرحت بذلك المذكرة التفسيرية.

ولقد كان المشرع موفقاً في اختياره، هذا الرأي لما في العمل به من تعجيل قسمة الأعيان الحاضرة واستقرار الأملاك وعدم ترك جزء من المال متردداً من غير مالك معين مدة قد تطول إلى سنين كما هو في مذهب الحنفية الذين يقررون أن العين الموصى بها إذا لم تخرج من ثلث الحاضر أخذ الموصى له منها ما يعادل ثلثه، وترك باقيها موقوفاً من غير مالك، وكلما حضر شيء من المال الغائب،أو استوفى مقدار من الدين أخذ الموصى له من المعين بمقدار ثلث هذا الجزء حتى يأخذها كلها، فإن لم يحضر من الغائب شيء ووقع اليأس من حضوره كان باقي العين للورثة، فهذا وإن كان فيه محافظة على غرض الموصى من كل وجه بتنفيذ الوصية فيما عينه بذاته إلا أنه يلحق الضرر بالورثة بتأخير القسمة.

الصورة الثالثة: إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة ـ كما لو أوصى بخمس ماله أو بربعه مثلا ـ فإن الموصى له يأخذ سهمه من الحاضر قليلا كان أو كثيراً، ولكلما حضر شيء من الغائب أو استوفى شيء من الدين أخذ سهمه منه حتى ينتهي الاستيفاء، لأن الموصي جعل الموصى له شريكاً للورثة بهذه النسبة،والشركة تقتضي المساواة في الاستحقاق في الحاضر والغائب، والدين والعين على السواء لا تمييز لواحد على الآخر.

---

(١) ونصها «إذا كانت الوصية بقدر محدود من النقود أو بعين وكان في التركة دين أو مال غائب فإن خرج الموصي به من ثلث الحاضر من التركة استحقه الموصى له وإلا استحق منه بقدر هذا الثلث وكان الباقي للورثة. وكلما حضر شيء استحق الموصى له ثلثه حتى يستوفي حقه.

وهذا الحكم اتفقت عليه المذاهب الأربعة، والقانون جاء على وفقه في المادة - ٤٤[1].

الصورة الرابعة: إذا كانت الوصية بسهم شائع في نوع من أنواع المال كما لو أوصى بنصف أرضه المعدة للبناء، أو بنصف منازله في هذه البلدة، أو بربع نقوده، أو بثلث أسهمه في شركة معينة، أو بثلث أمواله في التجارة، أو ديونه على الناس، أو ما شابه ذلك.

ففي هذه الصورة إما أن يكون الموصى بسهم منه حاضراً كله، أو ليس حاضراً كله بأن كان غائباً أو ديناً، أو بعضه حاضراً وبعضه غائباً.

فإن كان كله حاضراً أخذ الموصى له سهمه فيه إذا كان يخرج من ثلث الحاضر من التركة، فإن لم يخرج منه أخذ الموصى له مقدار ثلث الحاضر، وأخذ الورثة باقيه، وكلما حضر شيء من المال الغائب أو الدين أخذ الموصى له منه بمقدار ثلث الذي حضر إلى أن يستوفي وصيته.

فلو أوصى لشخص بنصف أرضه الزراعية وترك ٩٠ فداناً، ومالا غائباً بقيمتها فإنه يأخذ ثلث الأرض، وهو ثلاثون فداناً ويأخذ الورثة الباقي، ولكما حضر شيء من المال الغائب أخذ الموصى له مما في أيدي الورثة من الأرض بمقدار ثلث الذي حضر حتى يستوفي مقدار الوصية وهو ٤٥ فداناً.

وإذا كان ذلك النوع كله غائباً أو ديوناً لم يستحق الموصى له من المال الحاضر شيئاً، وإنما يأخذ ثلث ما يحضر من هذا النوع.

فلو أوصى تاجر لرجل بثلث ديونه على التجار، وترك بضاعة ونقوداً

---

(١) ونصها «إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه في الحاضر منها وكلما حضر شيء استحق سهمه فيه».

حاضره فلا يأخذ الموصى له شيئاً من الحاضر، ولكن كلما حصل شيء من الديون يأخذ ثلثها إلى أن يستوفي جميع الديون.

وإذا كان بعض ذلك النوع الموصى بسهم منه حاضراً وبعضه غائباً أخذ مقدار سهمه من الجزء الحاضر، ويأخذ الورثة باقيه، وكلما حضر شيء أخذ منه ما يعادل سهمه إلى أن يحضر كله.

ولقد أخذ القانون في هذه الصورة بمذهب الحنابلة، وترك مذهب الحنفية الذي يجعل كل ما يحضر من النوع الموصى به للموصى له ما دام يخرج من ثلث الحاضر من التركة[1].

ثم إن القانون جعل للموصى له في هذه الصورة أن يسترد ما أخذه الورثة إذا حضر المال الغائب ما لم يكن هذا الاسترداد مضراً بالورثة، فإن تضرروا منه أخذ حقه مما يحضر من المال الغائب.

فلو كان الموصى بسهم منه أرضاً معدة للبناء فقسمت بين الموصى له والورثة ولم يأخذ الموصى له كل نصيبه لعدم خروجه من ثلث الحاضر، فإن الورثة يملكون ما أخذوه بهذه القسمة، ويباح لهم التصرف بهذا الملك، فإذا بنوا فيه أو أحدثوا به تحسيناً بحيث يضرهم أخذه ترك معهم وأخذ الموصى له باقي حقه مما يحضر من المال الغائب كما جاء ذلك صريحاً بالمادة الخامسة والأربعين[2].

---

(١) فالحنفية ينظرون إلى الموصى له باعتباره أصبح شريكاً للورثة في التركة فعند التنفيذ ينظر إلى ثلث المال كله فيقدم حق الموصى له في الاستيفاء على حقوق الورثة.
والحنابلة نظروا إلى أن الوصية. جعلت الموصى له شريكاً للورثة في هذا النوع فيستحق كل منهما نصيبه فيما يحصل منه. ولا شركة له في غير هذا النوع.

(٢) ونصها « إذا كانت الوصية بسهم شائع في نوع من التركة وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه في الحاضر من هذا النوع إن كان هذا السهم يخرج من ثلث الحاضر من التركة وإلا استحق الموصى له سهمه بقدر هذا الثلث ويكون الباقي للورثة وكلما حضر شيء استحق=

قد يقال: إن مسلك القانون في هذا الموضع ليس مستقيماً. حيث فرق بين متماثلين، فقد جعل للموصى له هنا حق استرداد ما أخذه الورثة إلا إذا لحقهم الضرر فيأخذ قيمة ما أخذوه بينما لم يجعل له حق الاسترداد أصلاً في صورة الإيصاء بعين معينة إذا قسمت بينه وبين الورثة، بل جعل له من أول الأمر أن يأخذ قيمة ما أخذه الورثة مما يحضر من المال الغائب، وكان الأولى أن يمنع في هذا الموضع نقض القسمة لتستقر الحقوق ولا تضطرب.

ونحن لا نرى في هذا المسلك اضطراباً، لأن المشرع في الحالتين لاحظ في نقض القسمة عدم إلحاق الضرر بالورثة، ولما كان نقضها في عين معينة ينطوي في الغالب على ضرر منعه فيها بخلافه في النوع، فإنه قد يكون فيه ضرر، وقد يخلو عنه، فتجويز المشرع نقض القسمة في حالة الإيصاء بسهم من النوع إذا لم يترتب عليه ضرر متفق مع عدم تجويز نقضها في الحالة الأخرى، لأن مناط المنع هو وجود الضرر، ونقض القسمة في دار معينة لا يخلو من ضرر. بخلاف نقضها في دور كثيرة - إذا كانت الوصية بسهم منها - فإنه قد يخلو من الضرر في بعض صوره.

هذا هو حكم ما إذا كان الدين على أجنبي لا فرق فيه بين الدين المستحق للأداء عند القسمة، والذي لم يحل أجله سواء كان من جنس الحاضر من التركة أو من غير جنسه، لأن هذا الدين يخشى عليه من التوي. ولا يوجد مال يعتبر ضماناً له حتى يؤمن ضياعه: فلا يأخذ الموصى له إلا نصيبه من المال الحاضر فقط، ويؤخر باقيه حتى يستوفي الدين.

= الموصى له بقدر ثلثه من النوع الموصي بسهم منه على ألا يضر ذلك بالورثة فإن كان يضرهم أخذ الموصي له قيمة ما بقي من سهمه في النوع الموصي به من ثلث ما يحضر حتى يستوفي حقه».

أما إذا كان الدين على أحد الورثة فالأمر يختلف لأنه لا يكون عرضه للتوي في كل صوره، بل قد يكون مضموناً بنصيبه من المال الحاضر، فيكون كأنه مال حاضر، وقد يكون عرضة للتوي فيأخذ حكم المال الغائب، ومن هنا كان للدين على الوارث حالتان.

الحالة الأولى: أن يكون الدين مؤجلاً لم يحل وقت أدائه عند قسمة التركة وفي هذه الحالة يأخذ الموصى له من وصيته ما يعادل ثلث المال الحاضر فقط، ثم يأخذ باقيها عند استيفاء الدين كما إذا كان الدين على أجنبي.

ذلك لأن الدين المؤجل غير مستحق الأداء قبل حلول أجله، فلا يمكن استيفاؤه جبراً عن صاحبه بأخذه من نصيبه في المال الحاضر، فيكون في حكم المال الغائب المعرض للضياع.

الحالة الثانية: أن يكون الدين قد حل وقت أدائه عند قسمة التركة فيكون مضموناً بنصيب الوارث المدين فيعتبر كالمال الحاضر فيما عادل ذلك النصيب.

وفي هذه الحالة لا يخلو إما أن يكون الدين أقل من نصيب ذلك الوارث في المال الحاضر، أو مساوياً له، أو يكون أكثر منه.

فإذا كان مساوياً له أو أقل منه اعتبر من المال الحاضر، فيدخل في حساب الوصية، فيأخذ الموصى له نصيبه كاملا ما دام يخرج من ثلث التركة، ولا يؤجل منه شيء، على أي وجه وقعت الوصية. سواء كان الدين من جنس الحاضر من التركة أو لم يكن من جنسه، إلا أنه إذا كان من جنس الحاضر من التركة كلها أو بعضها وقعت المقاصة بينه وبين سهام الوارث المدين، وإذا لم يكن من جنسه كان نصيب ذلك الوارث بمنزلة الرهن بما عليه من الدين عند الموصى له وبقية الورثة لا يأخذه إلا إذا أدى ما عليه، فإن لم يؤده باع القاضي منه مقدار ما يوفي بالدين.

فإذا أوصى لشخص بمائتي جنيه، وخلف ولدين أحدهما مدين بمائتين حل وقت أدائها. وترك أربعمائة جنيه نقداً، فإن التركة تقسم على ثلاثة أسهم للموصى له سهم ولكل ابن سهم، ويعتبر الدين مالا حاضراً، وتقع المقاصة بينه وبين أسهم الإبن المدين، فلا يأخذ شيئاً من النقد الموجود، بل يقسم بين الموصى له والابن الآخر، فيأخذ كل واحد مائتين[1]، وبهذا يكون للموصى له أخذ وصيته من المال الحاضر كاملة، ولو كان الدين لم يحن أجله، أو كان على أجنبي لم يأخذ الموصى له غير ثلث الأربعمائة فقط، ثم يأخذ باقي حقه عند استيفاء الدين.

وإذا كان الدين في الصورة السابقة مائة، والنقد خمسمائة فإن المدين يأخذ منها مائة، وتقع المقاصة بين ما عليه من الدين وباقي سهمه.

وإذا أوصى لشخص بثلث ماله، وخلف ولدين أحدهما مدين بمائتي جنيه وترك مع هذا الدين عقاراً قيمته أربعمائة جنيه، ففي هذا المثال الدين ليس من جنس الحاضر فيقسم الحاضر على الولدين والموصى له، وكذلك الدين، فيكون لكل واحد ثلث العقار وثلث الدين، ثم يسلم العقار كله للموصى له والابن غير المدين، ويكون نصيب الابن المدين فيه بمنزلة الرهن عندهما نظير حقهما في الدين الذي عليه، فإن أدى إليهما ثلثي ما عنده من الدين اقتسماه وسلما له نصيبه في العقار وهو الثلث، وإن لم يفعل رفعا الأمر إلى القاضي ليبيع حصته في العقار لإبقاء ما عليه من الدين.

وإذا كان الدين أكثر من نصيب الوارث المدين اعتبر منه مالا حاضراً

---

(١) وعلى طريقة إسقاط أسهم المدين نقول: إن السهام ثلاثة يسقط منها واحد نصيب الابن المدين، ويقسم المال الحاضر على الموصى له والابن الآخر فيكون لكل منهما مائتان وبذلك يتبين أن الابن المدين قد استوفى مائتين مثل نصيب أخيه فيكون المال الحاضر ٤٠٠+ ٢٠٠ = ٦٠٠، وعلى هذا يكون الموصى له أخذ ثلث المال الحاضر.

مقدار ما يساوي نصيبه في الحاضر، وكانت الزيادة كالدين على الأجنبي فيأخذ الموصى له من وصيته ما يعادل ثلث المال الحاضر مضافاً إليه من الدين مقدار نصيب الوارث المدين.

فلو أوصى شخص لآخر بربع تركته وخلف ابنين أحدهما مدين بمائة وترك مائة نقداً، فالمسألة من أربعة للموصى له سهم، والثلاثة الباقية لا تنقسم على الابنين فتصحح إلى ثمانية يكون للموصى له سهمان، ولكل ابن ثلاثة أسهم تسقط منها سهام الابن المدين، ويقسم النقد على خمسة أسهم، للموصى له أربعون، وللابن غير المدين ستون. وإذا أخذ ستين تبين أن المدين صار مستوفياً مثلها، فتكون التركة الحاضرة مائة وستين وباقي الدين وهو أربعون يعتبر مالاً غائباً، وعلى هذا تكون الوصية نفذت في ربع الحاضر، والباقي من الدين يكون بين الثلاثة، فإذا حضر حجز المدين منه باقي نصيبه وهو خمسة عشر، واعطى خمسة وعشرين للموصى له والابن الآخر. يأخذ الموصى له منها عشرة، والباقي يأخذه الابن، وحينئذ يكون الموصى له أخذ تمام حقه وهو خمسون، وكل ابن استوفى خمسة وسبعين.

ولقد قرر القانون أحكام الدين على الوارث في المادة السادسة والأربعين[1]

---

(١) ونصها «في جميع الأحوال المبينة في المواد السابقة إذا اشتملت التركة على دين مستحق الأداء على أحد الورثة وكان هذا الدين من جنس الحاضر من التركة كلها أو بعضها وقعت المقاصة فيه بقدر نصيب الوارث فيما هو من جنسه واعتبر ذلك مالاً حاضراً.

وإذا كان الدين المستحق الأداء على الوارث من غير جنس الحاضر فلا تقع المقاصة ويعتبر هذا الدين مالاً حاضراً إن كان مساوياً لنصيب الوارث في الحاضر من التركة أو أقل. فإن كان أكثر منه اعتبر ما يساوي هذا النصيب مالاً حاضراً وفي هذه الحالة لا يستولي الوارث على نصيبه في المال الحاضر إلا إذا أدى ما عليه من الدين فإن لم يؤده باعه القاضي ووفي الدين من ثمنه.

وتعتبر أنواع النقد وأوراقه جنساً واحداً للموصى له، وإذا هلك البعض أو استحق أخذ الموصى له جميع وصيته من الباقي إن وسعها وكانت تخرج من ثلث المال وإلا أخذ الباقي جميعه=

وهي موافقة لمذهب الحنفية مع ملاحظة أنه اعتبر جميع أنواع النقد وأوراقه جنساً واحداً.

المبحث الثاني
في
الوصية بالمنافع

كلمة المنافع يختلف مدلولها عند الفقهاء.

فمنهم من يرى أنها قابلت الأعيان، وهي الأعراض التي تقوم بالأعيان كسكنى الدار، وركوب الدابة والسيارة، والخدمة ونحوها، فعند إطلاقها يراد بها هذه الأعراض، ولا يراد بها غيرها من ثمرات الأعيان كالثمر والزرع والأجرة والكسب إلا مجازاً إذا وجدت قرينة تدل على ذلك.

وهذا هو أرجح الرأيين عند الشافعية[1].

ومنهم من يرى أنها تطلق على ثمرات الأعيان. سواء أكانت أعراضاً أم أعياناً متولدة منها كالثمر والزرع، أو غير متولدة منها كأجرة الأرض وكسب الإنسان مثلاً، وهو قول لبعض الشافعية ومذهب الحنفية[2]، وهو الذي يؤخذ من كتب الحنفية حيث دأبت كتبهم على التمثيل للمنافع بالخدمةوالسكنى والغلة، وهي كل ما يحصل من ريع الأرض وكرائها وأجرة الغلام ونحو ذلك، فيدخل ثمن الشجر غير المثمر. كالحور والصفصاف كما يقول صاحب الدر المختار[3].

= إن كان يخرج من الثلث أو أخذ منه بقدر ما يخرج من الثلث».

(١) راجع نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٦١.

(٢) المغنى جـ ٦ ص ٥٩.

(٣) الدار المحتار وحواشي ابن عابدين جـ ٥ ص ٦٧٨. ص ٦٨١

وقانون الوصية أراد بها هذا المعنى الثاني. كما صرحت به مذكرته التفسيرية والتي تقول: « والمراد بالمنافع ما يشمل المنافع المحضة للعين كسكنى الدار وزرع الأرض، أو بدلها كأجرة الدار والأرض، أو ما يخرج منها كثمرة البستان والشجر، وهو رأي فقهاء الحنابلة في المنفعة ».

بيد أنها لم تقف بالمنافع عند هذا المعنى الواسع، بل تجاوزته فجعلت الوصية بالمنافع شاملة للوصية بحقوق الارتفاق وحق التعلي. والوصية بقدر من المال يدفع شهرياً مثلاً من غلة أرضه، والوصية بأن تباع أرضه لشخص مسمى بثمن معين أو بالتأجير له كذلك، أو بالإقراض، أو بقسمة التركة على وجه معين.

وهذا التعميم الأخير ليس كما ينبغي، لأنه إن أريد به أن هذه الأشياء الموصى بها داخلة في حد المنافع فغير مسلم، لأن منها أشياء ليست ثمرة للمال كبيع هذه العين أو تأجيرها لفلان، أو قسمة التركة، وإن أريد به أن هذه الوصايا هي منافع للموصى لهم فلا وجه لقصرها على هذه الأشياء، بل إن الوصية بالأعيان فيها منافع للموصى لهم.

ومع هذا فإن هذا الشمول غير مسلم حتى في مسلك القانون نفسه، لأنه جعل للوصية بالمنافع فصلاً، وللوصية بالمرتبات فصلاً آخر، وللوصية بالحقوق والإقراض وتقسيم أعيان التركة مواد أخرى وهي المواد ١١، ١٢، ١٣، ولم يذكر في فصل الوصية بالمنافع غير الوصية ببيع عين من التركة أو تأجيرها. جاء حكمها بالمادة[٥٦].

وعلى هذا سنجعل للوصية بالحقوق، والإقراض، وتقسيم أعيان التركة والمرتبات مبحثاً خاصاً بعد الكلام على الوصية بالمنافع.

مشروعية الوصية يالمنافع:

منع بعض الفقهاء كابن أبي ليلى والظاهرية الوصية بالمنافع،لأنها ايصاء بما يكون مملوكاً للغير حين تنفيذ الوصية حيث إن الأعيان تنتقل ملكيتها للورثة بمجرد وفاة الموصى والمنافع تابعة لها، فتحدث على ملكهم فتكون مملوكة لهم فتؤول الوصية بها إلى الإيصاء بمال الورثة فلا يصح.

ولأن هذه الوصية في معنى الإعارة حيث إنها تمليك المنافع بغير عوض بعد الموت، وموت المعير مبطل للإعارة فكذلك يمنع صحة إنشائها، لأن المنع أسهل من الرفع كما يقول في قواعدهم.

وذهب جمهور الفقهاء ومنهم أصحاب المذاهب الأربعة إلى مشروعيتها. أما عند القائلين بأن المنافع أموال كالأعيان فـالأمـر بين، لأنها أمـوال تقـابـل بالعوض كالأعيان فيصح التصرف فيها بالوصية استقلالاً.

وأما عند الحنفية القائلين بأنها ليست أموالاً فلأن الشخص لما ملك تمليك المنافع في حياته بعوض وبغير عوض بعقدي الإجارة والإعارة ملك تمليكها بعد وفاته بطريق الوصية من باب أولى لحاجته إلى هذا التمليك. وحاجة الموصى له للانتفاع.

وجه الأولوية أن الوصية في مشروعيتها مبنية على التيسير والتخفيف حتى احتملت ما لا يحتمله عقد آخر فصحت بـالمجهـول والمعـدوم، كما صحـت للمجهول وللمعدوم.

وقول المانعين ـ إنها وقعت بمال الوارث ـ غير صحيح، لأن الموصي لما ملك المنافع وحدها بالوصية جعلها مقصودة بالتمليك، فأصبحت غير تابعة لملك الرقبة، فلا نكون وصية بملك الغير، ومن جهة أخرى. أن ما يحتاج إليه الموصى بعد وفاته جعله الشارع باقياً على ملكه إلى أن تقضي حاجته كما في

الدين فإنه يبقى من ماله على ملكه مقدار ما يوفي بديونه.

وقياس الوصية على الإعارة في الإبطال بالموت قياس مع الفارق لأن المعير جعل ملك المنفعة مقصوداً بالتمليك حال الحياة لا بعد الموت فتبطل به، أما الموصى فقد جعل ملك المنفعة مقصوداً بعد الموت فلا تبطل به.

ونظير ذلك التوكيل حال الحياة والتوكيل بعد الوفاة بطريق الإيصاء فإن كلا منهما إنابة للغير إلا أن الأول إنابة حال الحياة فينتهي بموت الموكل، والإيصاء توكيل وإنابة بعد الوفاة فلا ينعزل الوصي بموت الموصى[1].

ولهذا يترجح رأي جمهور الفقهاء وهو جواز الوصية بالمنافع، وبه أخذ القانون، فصححها سواء كانت بمنافع العين كلها، أو بعضها، كما صححها من مالك العين والمنفعة معا، أو من مالك المنفعة فقط. كالمستأجر الذي يوصي بمنافع العين المستأجرة. كما جاء في المذكرة التفسيرية.

أنواع الوصية بالمنافع

تقع الوصية بالمنفعة على أشكال مختلفة، فتارة تكون مقيدة، وأخرى تقع مطلقة عن التقييد، وثالثة مؤبدة، فهذه أنواع ثلاثة[2] غير أن الوصية المطلقة تتفق في أكثر أحكامها مع المؤبدة عند الفقهاء.. والقانون سوى بينهما في الأحكام.

وعلى منهج القانون نسير في بيان الأحكام ونجعلها نوعين.

أولهما: وصية مقيدة بوقت معلوم.

وثانيهما: وصية خالية من التقييد به سواء نص فيها على التأبيد أولا.

---

(١) راجع المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٤٢٦، والمغنى جـ ٦ ص ٥٩، والبدائع جـ ٧ ص ٣٥٢ وتبيين الحقائق جـ ٦ ص ٢٠٢.

(٢) جاء في نهاية المحتاج جـ ٧ ص ١٧، وبالمنافع المباحة وحدها مؤبدة ومقيدة ومطلقة الخ.

النوع الأول الوصية المؤقتة . وتحتها صورتان .

الصورة الأولى : إذا كانت المدة المحددة معينة المبدأ أو النهاية ، أو هما معاً . كما إذا أوصى لفلان بسكنى هذه الدار خمس سنوات تبدأ من أول عام ١٩٦٦ أو قال تنتهي عام ١٩٧٠ مثلاً ، وفي هذه الصورة يستحق الموصى له المنفعة في هذه المدة المحددة إذا وقعت كلها بعد وفاة الموصى ، فإن امتد أجل الموصى إلى نهاية هذه المدة أو أخذ جزءاً منها بطلت الوصية فيما مضى من زمنها المحدد ، لأن فوات وقت الوصية المحدد للانتفاع في الوصية بالمنافع يشبه إلى حد كبير فوات العين الموصى بها في الوصية بالأعيان ، فكما أن هلاك العين الموصى بها مبطل للوصية ، وهلاك بعضها يبطلها فيما هلك ، كذلك فوات وقتها المحدد في الوصية بالمنافع مبطل لها فيما فات منه كله أو بعضه لا فرق في ذلك بيد أن يكون الموصى له معيناً أو معين ، محصوراً كان أو غير محصور .

فإذا مات الموصى قبل مجيء الزمن المحدد للوصية تكون المنفعة في هذه الفترة لمالك العين ، سواء كان وارثاً أو موصى له بالرقبة وحدها ينتفع بها إلى أن يحين ابتداء وقت الوصية فيأخذ الموصى له العين ليستوفي حقه الموصى له به .

لكن يشترط في هذه الحالة ألا تطول الفترة بين وفاة الموصى وابتداء وقت الاستحقاق بالوصية حتى تصل إلى ثلاث وثلاثين سنة ، فاذا وصلت تلك الفترة إلى هذا القدر بطلت الوصية كما جاء بالمذكرة التفسيرية ، لأن هذه هي المدة الطويلة المانعة من سماع الدعوى بالحقوق عند الفقهاء فلا محل لبقاء الوصية إذا لم تكن الدعوى بها مسموعة . ولأنها المدة التي تبطل بها الحقوق في نظر القانون المدني .

فلو أوصى شخص لآخر في عام ١٩٣٠ م بمنفعة عين مدة خمس سنوات تبدأ من أول عام ١٩٧٤ م ، فاذا توفي الموصى عند انتهاء عام ١٩٤٠ ، أو قبل ذلك بطلت الوصية ، وإذا تأخرت وفاته إلى ما بعد ذلك لا يبطل

استحقاقه، فاذا قبلها وعاش إلى وقتها المحدد استحقها.

الصورة الثانية: إذا كانت مدة الوصية مبهمة غير معلومة المبدأ أو النهاية، كما لو أوصى لآخر بسكنى داره مدة خمس سنوات من غير تعيين تاريخها.

وفي هذه الصورة يستحق الموصى له منفعة الدار خمس سنوات تبدأ من وقت وفاة الموصى، لأنه الوقت الذي يثبت فيه ملك الوصية على العموم.

أخذ القانون في ذلك بالراجح من مذهب الشافعية[1] كما جاء بالمادة الخمسين[2]:

هذا وقد يعرض للموصى له مانع يمنعه من استيفاء المنفعة الموصى له بها في زمنها المحدد فيؤجل الاستيفاء إلى وقت آخر، أو يستحق بدلها تبعاً لاختلاف مصدر المنع، ولذلك صور ثلاث.

الصورة الأولى: أن يكون المانع من جانب أحد الورثة، بأن يحتل الدار الموصى بمنفعتها ويمنع الموصى له من استيفاء منفعته، وفي هذه الصورة يكون

---

(١) وفي هذا الرأي يبدأ الوقت عقب الوفاة سواء كان الموصى له حاضراً أو غائباً، قبل عقب الوفاة أو تراخي قبوله عن ذلك، ويفوت الانتفاع بفوات الوقت إلا أنه يستحق بدل المنفعة فيما إذا فات عليه بعذر، وإن فوتها على نفسه لا يستحق شيئاً، وفي رأي آخر عندهم تبتدىء المدة من وقت تمكنه من الانتقال، لأن غرض الموصي أن ينتفع الموصى له، فإذا كان غائباً فان الوقت لا يبتدىء إلا من وقت حضوره.

هذا ومن يطالع فروع الحنفية يجد عندهم مثل هذين الرأيين، وجاء في الفتاوى الهندية جـ ٦ ص ١٢٢. في الكلام على الوصية بسنة بغير عينها، وكان يجب أن تتعين السنة التي وجد فيها الموت».

(٢) ونصها «إذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مدة معلومة المبدأ والنهاية استحق الموصى له المنفعة في هذه المدة فإذا انقضت المدة قبل وفاة الموصي اعتبرت الوصية كأن لم تكن، وإذا انقضى بعضها استحق الموصى له المنفعة في باقيها.

وإذا كانت المدة معينة القدر غير معلومة المبدأ بدأت من وقت وفاة الموصي».

ذلك الوارث متعدياً فيضمن له قيمة ما فوته من المنفعة كلها أو بعضها، وليس للموصى له أن يطالب بتمكينه من الانتفاع بالدار مدة أخرى إلا إذا رضي جميع الورثة بذلك فيكون بالخيار بين أخذ البدل والانتفاع.

الصورة الثانية: أن يكون المانع من جميع الورثة بأن يمنعوه من الانتفاع كل المدة أو بعضها، وفي هذه الصورة يضمن الورثة للموصى له حقه لتعديهم عليه والضمان هنا بأحد أمرين إما بإعطائه قيمة المنفعة، أو بتمكينه من الانتفاع مدة تعادل المدة التي فاتت عليه وهو بالخيار بين الأمرين، فإذا اختار أحدهما أجبر الورثة على تنفيذ ما اختاره.

الصورة الثالثة: أن يكون المنع بسبب من جانب الموصى، أو بعذر يحول بين الموصى له والانتفاع.

وفي هذه الصورة يستحق الموصى له الانتفاع مدة أخرى تبدأ من وقت زوال المانع.

فلو أجر الموصى الدار الموصى بمنفعتها مدة معلومة، ثم مات قبل انتهاء مدة الإجارة، فإن عقد الإجارة لا ينفسخ بموت المؤجر، بل يبقى حق المستأجر في المنقعة إلى أن تنتهي مدة العقد، وهذا عند الشافعي الذي أخذ القانون أحكام المنع من الانتفاع من مذهبه، فالمانع من الانتفاع هنا جاء بسبب من جهة الموصى، وعليه لا يكون للموصى له أن ينتفع إلا بعد انتهاء حق المستأجر، لأن حقه متقدم على حق الموصى له.

وإذا كان الموصى له سجيناً أو غائباً وقت ابتداء مدة الوصية كان المانع من جهته، وهو عذر حال بينه وبين الاستيفاء فيستوفي المنفعة بعد زوال العذر.

ولا يخفي أن المنع من الانتفاع إنما يكون فيما إذا كان الموصى به انتفاعاً شخصياً، أما إذا كان الموصى به استغلالاً فالغلة له في المدة المحددة، وعلى من

أخذها أو منعه من الاستغلال أن يسلمها له، أو يضمن له قيمتها.

جاء بيان أحكام المنع في المادة الحادية والخمسين[1] مستمدة من مذهب الشافعي .

النوع الثاني:

وهو الوصية غير المؤقتة سواء نص على تأبيدها أولا وهذا النوع تختلف أحكامه تبعاً لاختلاف الموصى له، وتحت ذلك النوع صور.

الصورة الأولى: أن تكون الوصية لمعين واحداً كان أو أكثر على وجه التأبيد أو الإطلاق. أو مدة حياة الموصى له كأن يقول: أوصيت بسكنى هذه الدار لفلان أبداً، أو مدة حياته أو لم يحدد مدة ولم ينص على التأبيد، أو يقول: أوصيت لفلان وفلان بسكنى هذه الدار، أو لمن سيولد لفلان.

وفي هذه الصورة يستحق الموصى له سكنى الدار مدة حياته فقط، ثم تعود المنفعة لمالك الدار بعد ذلك.

أما على النص على مدة الحياة فظاهر: وأما على الإطلاق فلأن المطلق يتصرف إلى الفرد الكامل، والموصى هنا قصد الانتفاع الكامل للموصى له، وهذا يتحقق بجعله له مدة حياته، وأما على النص على التأبيد فلأن الوصية

---

(١) ونصها، إذا منع أحد الورثة الموصى له من الانتفاع بالعين كل المدة أو بعضها ضمن له بدل المنفعة ما لم يرض الورثة كلهم أن يعوضوه بالانتفاع مدة أخرى.

وإذا كان المنع من جميع الورثة كان الموصى له بالخيار بين الانتفاع بالعين مدة أخرى أو تضمينهم بدل المنفعة.

وإذا كان المنع من الانتفاع من جهة الموصي، أو لعذر حال بين الموصى له والانتفاع وجبت له مدة أخرى من وقت زوال المانع».

بالمنفعة تنتهي بموت الموصي له. كما هو مقرر بمذهب الحنفية[1]، وبه أخذ القانون.

جاء حكم هذه الصورة في المادة الواحدة والستين[2] لكنها اشترطت أن ينشأ الاستحقاق في مدى ثلاث وثلاثين سنة من وقت وفاة الموصى، فإن تأخر الاستحقاق عن هذه المدة بطلت الوصية.

ويتصور تأخر الاستحقاق للموصى له المعين بالاسم فيما إذا كانت الوصية له معلقة على شرط لم يتحقق عقب وفاة الموصي، كأن يقول: أوصيت لفلان بسكنى داري بالإسكندرية إذا نقل إليها أو انهدمت داره فيها مثلا.

الصورة الثانية: أن تكون الوصية لقوم غير محصورين ممن يظن انقطاعهم كما لو أوصى لذرية فلان بغلة هذه الأرض، أو بسكنى هذه الدار فإنهم يستحقون الوصية إلى أن ينقرضوا[3]، ثم تعود المنفعة إلى مالك العين.

الصورة الثالثة: أن تكون الوصية لقوم غير محصورين لا يظن انقطاعهم، أو لجهة عامة، كما لو أوصى بغلة أرضه للمحتاجين أو للمساكين، أو للمسجد أو للملجأ مثلاً.

وفي هذه الصورة يثبت استحقاق الموصى لهم على التأييد لا يتحدد بأمد سواء نص على تأييد أو أطلق في وصيته؛ لأن هذه الوصية في معنى الوقف،

---

(١) وذهب الأئمة الثلاثة إلى أنه في حالة التأبيد لا تنتهي الوصية بموت الموصى له بل ينتقل الحق إلى ورثته. وكلما مات واحد منهم انتقل نصيبه إلى ورثته.

(٢) ونصها «إذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مؤبدة. أو لمدة حياته أو مطلقة استحق الموصى له بالمنفعة مدة حياته بشرط أن ينشأ استحقاقه للمنفعة في مدى ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصي».

(٣) تقدم حكم الوصية بالمنافع للطبقات المرتبة وغير المرتبة عند الكلام على أحكام **الموصى له**.

وكأن الموصي وقفها بعد وفاته فلا تملك لأحد من بعده.

جاء حكم هاتين الصورتين في المادة الثانية والخمسين[1].

الصورة الرابعة: أن تكون الوصية لمعين أو لقوم محصورين مدة معينة، ثم من بعدهم لقوم غير محصورين لا يظن انقطاعهم أو لجهة برعامة، كما لو أوصى بغلة هذه الأرض لفلان خمس سنوات، ثم من بعده للفقراء أو للمسجد، أو أوصى لأولاد فلان بغلة هذه الدار عشر سنوات، ثم من بعدهم للمستشفى.

وفي هذه الصورة تكون الوصية مؤبدة سواء نص على التأبيد أو أطلق، لأن آخرها لمن لا يظن انقطاعهم، أو للجهة العامة فتكون العين الموصي بمنفعتها وقفاً كما في الصورة السابقة.

وأما المنفعة فإنها تكون لمن وجد من الموصى لهم أولا وقت وفاة الموصي واحداً كان أو أكثر، فإذا انقضت المدة المعينة لهم انتقل الحق للموصى لهم ثانياً، وهم غير المحصورين أو الجهة.

وإذا لم يكن أحد من المحصورين موجوداً وقت وفاة الموصي، وكان الأمل في وجودهم قائماً فإن المنفعة تصرف لأعم جهات البر نفعاً إلى أن يوجد هؤلاء فتصرف لهم بشرط أن تكون المدة الموصى لهم بها باقية، وألا يكون مضى على

---

(١) ونصها «إذا كانت الوصية بالمنفعة لقوم غير محصورين لا يظن انقطاعهم أو لجهة من جهات البر وكانت مؤبدة أو مطلقة استحق الموصى لهم المنفعة على وجه التأبيد فإذا كانت الوصية مؤبدة أو مطلقة لقوم غير محصورين يظن انقطاعهم استحق الموصى لهم المنفعة إلى انقراضهم.

ويجب مراعاة أحكام المادتين السابقتين إذا كانت الوصية بمدة معلومة المبدأ والنهاية أو بمدة معينة القدر غير معلومة المبدأ والنهاية».

وفاة الموصي ثلاث وثلاثون سنة، فإذا وجدوا بعد انتهاء المدة سقط حقهم وكانت المنفعة للجهة الموصي لها ثانياً، وإذا وجدوا بعد ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصي فإنه يسقط حقهم أيضاً، وتؤول الى الجهة الموصي لها ثانياً ما لم يكن في مدة الوصية الأولى بقية فإنها تكون لأعم جهات البر نفعاً.

وإذا لم يوجد أحد منهم وقت وفاته، وانقطع الأمل في وجودهم كانت الغلة لأعم جهات البر نفعاً سواء كانت هي الجهة الموصى لها ثانياً أو غيرها حتى تنتهي مدة الوصية الأولى فتؤول إلى الجهة المعينة.

ومثل ذلك إذا وجدوا وانقرضوا مع اليأس من وجودهم. جاء بيان ذلك في المادة الثالثة والخمسين[1].

الوصية بالغلة والثمرة:

ومن صور الوصية بالمنفعة أن يوصي بغلة أرضه أو بثمرتها، فإذا وجدت وصية بأحداهما ونص فيها على التأييد أو مدة حياة الموصى له كانت له الثمرة أو الغلة طول حياته، وإن نص في الوصية على أن للموصى له ما يوجد منها وقت وفاته، أو وجدت قرينة تدل على ذلك كان للموصى له الموجود منها وقت وفاة الموصي إن وجد، وإن لم يوجد فلا شيء له، وإن أطلق الوصية بها ولم توجد قرينة تدل على شيء معين كان للموصى له الموجود منها وقت وفاة الموصي،وما يوجد في المستقبل طول حياته ولا فرق بين الغلة والثمرة.

(١) ونصها «إذا كانت الوصية بالمنفعة لمدة معينة لقوم محصورين ثم من بعدهم لمن لا يظن انقطاعهم أو لجهة من جهات البر ولم يوجد أحد من المحصورين في خلال ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصي أو في خلال المدة المعينة للمنفعة أو وجد في خلال هذه المدة وانقرض قبل نهايتها كانت المنفعة في المدة كلها أو بعضها على حسب الأحوال لما هو أعم نفعاً من جهات البر».

وإذا لم يوجد شيء منها في هذا الوقت كان للموصى له ما يوجد منها في المستقبل طول حياته كذلك. وهذا ما ذهب إليه الشافعية، وبه أخذ القانون في مادته الخامسة والخمسين[1] بعد أن عدل عن مذهب الحنفية الذي يفرق بينهما في حالة الإطلاق فيجعل للموصى له بالغلة ما يوجد منها عند وفاة الموصى وما يوجد في المستقبل حتى آخر حياته. وأما الموصى له بالثمرة فلا يكون له إلا الموجود منها عند وفاة الموصي، فإذا لم توجد ثمرة عند وفاته فلا يستحق شيئاً وتبطل وصيته في القياس، وفي الاستحسان[2] لا تبطل ويكون له ما يحدث من الثمار بعد الموت إلى أن يموت الموصى له ما دام البستان الموصى بثمرته يخرج من ثلث ماله.

ملكية العين الموصى بمنفعتها

وإذا كانت الوصية في بعض صورها وهي المؤبدة تأخذ حكم الوقف، كما لو كانت لقوم لا يحصون ممن لا يظن انقطاعهم، أو كانت لجهة بر كذلك، سواء كان ذلك ابتداء أو مآلا، لأن تأبيد الانتفاع يقتضي جعل العين موقوفة ليمكن تحقيق هذا التأبيد، وفي هذه الصورة لا تكون مملوكة لأحد، وتكون نفقاتها على المنتفعين.

وأما في غيرها من الصور فإن ملك المنفعة يثبت للموصى له إلى أن تنتهي

---

(١) ونصها «إذا كانت الوصية بالغلة أو الثمرة فللموصى له الغلة أو الثمرة القائمة وقت موت الموصي وما يستجد منها مستقبلاً ما لم تدل قرينة على خلاف ذلك».

(٢) راجع الفتاوى الهندية جـ ٦ ص ١٢٣، والمبسوط جـ ٨ ص ٢. وتفرقة الحنفية بين الوصيتين راجعه إلى اختلاف دلالة اللفظين، فإن لفظ الغلة يدل على الموجود والمعدوم حقيقة، ولفظ الثمرة يدل على الموجود حقيقة ولا يدل على المعدوم إلا مجازاً كما يقول صاحب المبسوط، وهذه التفرقة لا تسلم لهم كما ترى.

المدة المحددة، أو يموت الموصى له المعين، أو ينقرض الموصى لهم المحصورين والعين تكون مملوكة لغير مالك المنفعة، فقد تكون مملوكة لورثة الموصي، أو لموصى له آخر فيما إذا وجدت وصيتان إحداهما بالمنفعة، والأخرى بالرقبة.

وإذا كان الملك موزعاً فعلى من تكون نفقات العين في حالة التوزيع؟ في المسألة تفصيل.

إذا لم تكن العين صالحة للانتفاع، كما إذا كانت أرضاً غير صالحة للزراعة مثلا فإن نفقات إصلاحها، وما يفرض عليها من ضرائب تكون على مالك الرقبة، لأن الموصى له بالانتفاع لا غنم له فيها حتى يغرم نفقاتها.

أما إذا كانت صالحة للانتفاع، وتمكن الموصى له بالمنفعة منه فإن نفقاتها تكون على الموصى له بالمنفعة في مدة انتفاعه لا فرق[1] بين ما يتعلق بحفظها وبقائها وبين ما يتوقف عليه استيفاء المنفعة، وكذلك ما يفرض عليها من ضرائب، لأنها تفرض على الانتفاع، ولهذا تقدر بنسبة الغلة.

وإنما وجبت النفقة على مالك المنفعة لأن النفع له فكان عليه ضره والغرم بالغنم.

ولأن ايجاب النفقة على من لا نفع له ضرر محض فيصير معنى الوصية. أوصيت لفلان بنفع هذا، وأبقيت ضرره على ورثتي، أو أوصيت بضرره لفلان وهذا غير معقول شرعاً[2].

---

(١) الشافعية يجعلون النفقة المتوقف عليها بقاء العين على مالك الرقبة وما عداها على مالكالمنفعة كما يؤخذ ذلك من تحفة المحتاج جـ ٧ ص ٦٤. ولكن ابن قدامة في المغنى ينسب لهم القول بأن جميع النفقات على مالك الرقبة فيقول: إن النفقة على صاحب الرقبة وهو قول أبي ثور وظاهر مذهب الشافعي.

(٢) راجع المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٦١.

ثم إن وجوب النفقة عليه ما دام متمكناً من الانتفاع سواء انتفع بالفعل أو لا ، أثمرت الأرض أو لا ، بسبب من جهته أو بسبب خارج عن إرادته .

وإذا امتنع صاحب المنفعة عن الانفاق عليها أو عن دفع الضرائب المستحقة عليها وقام صاحب الرقبة بالإنفاق أو دفع الضرائب كان ذلك حقاً له في غلتها يقدم على حق المنتفع فيها[١] .

جاء بيان ذلك في ا لمادة الثامنة والخمسين[٢] .

ولمالك الرقبة حق بيعها ، ولكن هل يكون هذا البيع نافذاً أم يتوقف على إجازة الموصى له بالمنفعة ؟

إذا كان البيع لمالك المنفعة صح البيع ونفذ ، وبطلت الوصية بالاتفاق . لأنه ملك المنفعة بملك رقبتها فلا معنى لبقاء الوصية[٣] .

وإذا كان البيع لغيره ففقهاء الحنفية يقولون : إنه يتوقف على إجازة الموصى

---

(١) جاء في الفتاوى الهندية جـ ٦ ص ١٢٧ « ولو أوصى بغلة نخلة أبداً لرجل ، ولآخر برقبتها ولم تدرك ولم تحمل فالنفقة في سقيها والقيام عليها على صاحب الرقبة ، فإذا أثمرت فالنفقة على صاحب الغلة ، فان حلت عاماً ثم احالت فلم تحمل شيئاً فالنفقة على صاحب الغلة ، وهو نظير نفقة الموصي بخدمته فانها على الموصى له بالخدمة بالليل والنهار جميعاً وإن كان هو ينام بالليل ولا يخدم ، فان لم ينفق صاحب الغلة وانفق صاحب الرقبة عليها حتى تحمل فانه يستوفي نفقته من ذلك . كذا في المبسوط جـ ٢٨ ص ٤ .

(٢) ونصها « إذا كانت الوصية لمعين بالمنفعة ولآخر بالرقبة فان ما يفرض على العين من الضرائب وما يلزم لاستيفاء منفعتها يكون على الموصى له بالمنفعة » .

(٣) راجع الفتاوى الهندية جـ ٦ ص ١٢٧ ، وفي المغني لابن قدامة : إن بيع العين الموصي بمنفعتها فيه مذاهب ثلاثة . لا يجوز مطلقاً لأن مالا منفعة فيه لا يصح بيعه كالحشرات والميتات ، وقيل يصح بيعه من مالك المنفعة دون غيره لأنه يجتمع له الملكان فينتفع بذلك بخلاف غيره ، وقيل يصح له ولغيره وهو مذهب الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي : وفي تحفة المحتاج جـ ٧ ص ٦٥ يصح البيع مطلقاً إذا لم تؤبد الوصية فان أبدت صح له ولغيره .

له بالمنفعة إن أجازه نفذ وبطلت الوصية ، لأن هذه العين تعلق بها حقه فيتوقف التصرف فيها على إذنه فإذا أذن فقد أسقط حقه .

ويرى غيرهم أنه لا يتوقف نفاذه على إجازة الموصى له ، بل ينفذ وينتقل الملك إلى المشتري الجديد مع بقاء حق الموصى له في المنفعة حتى ينتهي حقه ، ثم تعود المنفعة إلى مالك الرقبة فيتم ملكه ، وذلك لأن ملك هذه العين ينتقل إلى ورثة المالك بعد وفاته ، ولا يتوقف على رضا الموصى له ،لأن حقه لا يتأثر بهذا الانتقال فكذلك في البيع .

والقانون أخذ بالرأي الثاني ، وترك مذهب الحنفية ، كما جاء في مادته الستين[1] .

تقدير المنفعة الموصى بها

قدمنا أن الوصية إذا كانت بالأعيان المالية قدرت بقيمة العين نفسها ، وهذا قدر متفق عليه بين الفقهاء ، وبه أخذ القانون .

أما الوصية بالمنافع فالفقهاء مختلفون في تقديرها تبعاً لاختلافهم في مالية المنافع وعدم ماليتها من جهة ، واختلاف المنفعة الموصى بها بالتأبيد والتوقيت من جهة أخرى .

فمنهم من يرى أن تقديرها يكون بتقدير العين المنتفع بها نفسها ، فإن خرجت العين من ثلث التركة نفذت من غير توقف ، وإلا توقف النفاذ على إجازة الورثة فيما زاد ، **وإلى هذا ذهب فقهاء الحنفية**[2] . لا فرق عندهم بين الوصية المؤبدة والمؤقتة . طال الوقت أم قصر . معللين ذلك ، كما يؤخذ من

---

(١) ونصها « يجوز لورثة الموصي بيع نصيبهم في العين الموصي بمنفعتها بغير حاجة إلى إجازة الموصى له » .

(٢) البدائع جـ ٧ ص ٢٥٣ ، ورد المحتار جـ ٦ ص ٦٧٨ ، والفتاوى الهندية جـ ٦ ص ١٢٢ .

البدائع ورد المحتار[1] وغيرهما - بأن الوصية بالمنافع لشخص حبس لها عن الورثة مدة انتفاع الموصى له بها، لأن المقصود من الأعيان منافعها، والموصى لا يملك حبس الأعيان عن ورثته إلا في حدود ثلث التركة، فإذا كانت العين لشخص والمنفعة مستحقة لآخر أصبحت العين عديمة الفائدة بالنسبة لمالكها، فصارت الوصية بالمنفعة كأنها وصية بالعين ذاتها، فتقدر المنفعة بها[2].

والحنابلة[3] يذهبون إلى التفصيل بين الوصية بمدة مقدرة معلومة وبين التي لم تعلم مدتها، فجعلوا التقدير في الأولى للمنفعة فقط بأن تقوم العين بمنفعتها في تلك المدة، ثم تقوم وحدها بدون المنفعة فيها والفرق بينهما هو قيمة المنفعة، وهو مقدار الوصية.

أما الوصية التي لم تعلم مدتها سواء أكانت مؤبدة أم مطلقة أم مقيدة بمدة مجهولة كحياة الموصى له مثلاً ففي تقديرها وجهان.

أحدهما: أنها تقدر بمجموع الرقبة والمنفعة، لأن تمليك المنفعة على هذه الصورة يجعل العين لا قيمة لها في نظر الناس غالباً، ولأن تقدير المنفعة وحدها حينئذ متعذر.

وثانيهما: أنها تقدر بقيمة المنفعة وحدها، بأن تقوم العين بمنفعتها، ثم تقوم

---

(١) المصدر نفسه.

(٢) هكذا علل الحنفية رأيهم في هذا الموضوع، وهو كما ترى غير مسلم على إطلاقه، لأنه إن سلم لهم فيما إذا كانت الوصية مؤبدة أو مطلقة فلا يسلم فيما اذا كانت محددة بمدة معلومة، ومن ذا الذي يقول إن تمليك المنفعة عاماً أو عامين يجعل العين لا قيمة لها؟؛

وعندي أنهم لو عللوا رأيهم بأن المنافع ليست أموالاً فلا تقوم إلا في ضمن عقد معاوضة كعقد الإجارة، والوصية ليست عقد معاوضة حتى تقوم فيها المنافع وحدها لو قالوا ذلك لاستقام مع أصلهم في المنافع، وان لم يسلم لهم هناك.

(٣) راجع المغنى جـ ٦ ص ٥٩ وما بعدها.

العين مسلوبة المنفعة كما جاء بالوصية، والفرق بينهما هو قيمة الوصية، فإذا قومت العين بمنفعتها بمائة وبدون المنفعة بعشرة تكون قيمة المنفعة تسعين.

وفقهاء الشافعية[1] يوافقون الحنابلة في هذا التفصيل إذا كانت الوصية بمنافع العين كلها كغلة الأرض والدار، أو منافعها، أما إذا كان الموصى به بعض منافع العين: كما لو أوصى لشخص بثمرة ما في أرضه من أشجار وهذه الأرض تستغل بالزراعة مع ما فيها من أشجار، أو أوصى لشخص بألبان بقرة مثلا - ففي هذه الحالة تقدر المنفعة وحدها، بأن تقوم الأعيان بمنافعها كلها ثم تقوم بغير المنفعة الموصى بها، والفرق بينهما هو قيمة الوصية سواء كانت مؤبدة أو مؤبدة أو مطلقة أو محددة المدة معلومة كانت أو مجهولة.

والقانون لم يلتزم مذهباً بعينه من هذه المذاهب. بل فصل تفصيلاً آخر. وهو أن الوصية إذا كانت مؤبدة أو مطلقة أو مجهولة المدة أو بأكثر من عشر سنوات قدرت بقيمة العين نفسها سواء كانت الوصية بكل منافع العين أو ببعضها، ذلك لأن الوصية بهذه الصورة تعدم أمل الورثة في رجوع العين إليهم للانتفاع بها كما في الوصية المؤبدة. أو تجعله ضعيفاً كما في بقية الصور. ومن هنا تكون هذه العين كالمعدومة بالنسبة لهم فتحسب كلها من الثلث، وهو في هذا آخذ بمذهب الحنفية حيث يتفق معه من كل الوجوه، وإن كان موافقاً لمذهب الحنابلة في بعض صوره. ولمذهب الشافعية في بعض صوره كذلك.

وأما إذا كانت الوصية بعشر سنوات فأقل فإن التقدير يكون للمنفعة

---

(١) جاء في نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٦٨ في هذا الموضوع « والأصح أنه تعتبر قيمة العبد كلها أي مع منفعته من الثلث إن أوصي بمنفعته أبداً أو مدة مجهولة. وإن أوصي بها مدة معلومة قوم بمنفعته ثم قوم مسلوبها تلك المدة، ثم قال: والكلام في الوصية بجميع المنافع. فلو أوصى له ببعضها كلبن الشاة مثلاً قومت بلبنها ثم خلية عنه أبداً أو إلى المدة المعلومة إن ذكرها، ونظر في التفاوت أيسعه الثلث أم لا. ا هـ المقصود منه. **ومن هذا يعلم أن ما قرره بعض الكاتبين من أن مذهب الشافعية هو تقدير المنفعة وحدها في جميع الصور ليس محرراً.**

نفسها لانتفاء المانع من التقدير بها، فأمل الورثة قريب في رجوع العين إليهم.

والقانون في هذا النوع موافق في جملته لمذهبي الشافعية والحنابلة، لأن التحديد بعشر سنوات لا وجود له في هذين المذهبين، بل كان ذلك اجتهاداً من واضعي مشروع القانون. جاء بيان ذلك في المادة الثانية والستين[1].

كيفية استيفاء المنفعة الموصى بها

الوصية بالمنفعة قد تقع بلفظ شامل لجميع أنواع الانتفاع. كقوله: أوصيت بمنافع داري هذه لفلان يستوفيها كيف شاء، وقد تكون بلفظ يدل في عرف الناس على نوع من أنواع الانتفاع، كما لو قال: أوصيت لفلان بسكنى هذه الدار، أو أوصيت له باستغلالها، وقد تكون بلفظ مطلق غير مقيد بنوع دون آخر. كأوصيت بمنفعة هذه الدار لفلان.

ولا خلاف بين الفقهاء في أن اللفظ الشامل يفيد تمليك كافة الوجوه، ويكون للموصى له حرية اختيار الوجه الذي يستوفي به المنفعة، فله أن يستوفيها بطريق استعماله الشخصي، فإذا كانت داراً سكنها، أو أرضاً زرعها، أو سيارة ركبها، وله أن يستوفيها بطريق الاستغلال، فيؤجر العين الموصى بمنفعتها وينتفع بأجرتها.

أما بقية الصور فقد اختلفوا فيما يملكه الموصى له فيها.

فمنهم من تمسك بمدلول الألفاظ، لأنها معبرة عن إرادة الموصي، فالوصية وإن أفادت التمليك إلا أنه تمليك على وجه خاص، فمن أوصى بسكنى داره إنما قصد انتفاعه على هذا الوجه دون سواه، فلو أبيح للموصى له استغلال

---

(١) ونصها إذا كانت الوصية بكل منافع العين أو ببعضها وكانت مؤبدة أو مطلقة أو لمدة حياة الموصى له أو لمدة تزيد على عشر سنين قدرت بقيمة العين الموصي بكل منافعها أو ببعضها. فإذا كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشر سنين قدرت بقيمة المنفعة الموصى بها في هذه المدة.

الدار كان ذلك تمليكاً لشيء لم يقصده الموصي ومخالفة لإرادته، وتظهر هذه المخالفة واضحة جلية فيما إذا جاءت الوصية بالسكنى مانعة من الاستغلال، أو بالعكس ففي الوقوف عند دلالة الألفاظ تحقيق لرغبة الموصي، ومصلحة الموصى له الذي ملك المنفعة مجاناً، فلا يضيره المنع من تجاوز معاني الألفاظ.

وهذا هو ما ذهب إليه فقهاء الحنفية، فكلامهم في جملته يدور حول هذا المعنى مع تفصيل[1] واختلاف في بعض الصور.

ومن الفقهاء من ذهب إلى التفصيل بين ما إذا كان اللفظ مفيداً تمليك المنفعة وبين ما إذا كان مفيداً إباحتها فقط، ففي الأول يملك الأمرين سواء وردت بلفظ السكنى أو الاستغلال، وفي الثاني لا يكون له إلا ما دل عليه اللفظ أو القرينة، وإلى هذا ذهب الشافعية[2] والحنابلة، وإن كان الشافعية قيدوا ذلك بما إذا كانت الوصية غير مؤقتة.

وخلاصة المذهبين أن الموصى إذا نص على أن الموصى له أن ينتفع بنفسه فقط بأن أسند الانتفاع إليه كأن يقول: يسكنها بنفسه، أو ينتفع بها بنفسه، أو وجدت قرينة دالة على ذلك، كما إذا أوصى لفلان بأن ينزل في داره المعدة للضيافة مدة محددة من الزمن، فإنه يملك الاستعمال الشخصي فقط عملاً بمقتضى

---

(١) خلاصة مذهبهم أن الموصي إذا نص على أحد الأمرين ونهى عن الآخر تقيد الموصى له بما قيده به الموصى تحقيقاً لإرادته، وإن نص على السكنى وسكت عن الاستغلال ملك الموصى له السكنى فقط، وإن نص على الاستغلال وسكت عن السكنى فاختلف المتأخرون منهم. فبعضهم يرى أنه يملك السكنى كذلك. لأن الاستغلال أعلى من السكنى، ومن ملك الأعلى ملك الأدنى، ثم إن الاستغلال معناه أن يسكن غيره ويأخذ أجراً نظير ذلك فله أن يسكن هو من باب أولي. وبعضهم يرى أنه لا يملك السكنى، لأن الوصية بالاستغلال وصية بالأجرة وهي غير السكنى التي هي انتفاع شخصي، وإذا أطلق ملك الاستغلال باعتباره الفرد الكامل، لأن المطلق ينصرف إليه فلا يملك السكنى.

(٢) راجع تحفة المحتاج جـ ٧ ص ٦٢، والمغنى لابن قدامة.

اللفظ والقرينة، وأما إذا لم ينص ولم توجد قرينة كذلك فإن الموصى له يملك الاستعمال الشخصي والاستغلال سواء وردت الوصية بلفظ السكنى او بلفظ الاستغلال، أو بلفظ المنفعة مطلقة عن التقييد بواحد منهما، لأن هذا العقد ملك الموصى له المنفعة، ومتى ملكها كان له حق استيفائها بأي وجه[1].

وبالمقارنة بين المذهبين نجد أن ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة أرجح مما ذهب إليه الحنفية، لأن الموصي قصد نفع الموصى له، وتحقيق مصلحته، والمصلحة تختلف باختلاف الأشخاص والأزمان، فقد يرى الموصي أن الاستغلال أنفع للموصى له فيوصي به، في حين أن الموصى له يكون محتاجاً أشد الحاجة لسكنى الدار عند تنفيذ الوصية، وبالعكس.

وعلى ذلك يكون من الخير ألا نقيد الموصى له بوجه خاص ما دام اللفظ مفيداً تمليك المنفعة، فقد يكون الموصى له بالسكنى مضطراً للاقامة في بلد آخر،فإذا قيد بالسكنى ضاعت عليه المنفعة، وكذلك لو كانت الدار تفيض عن سكنه أو له سكن آخر.

والقانون ترك مذهب الحنفية وسار في دائرة المذهب الثاني في مادته الرابعة والخمسين[2]، فلم يقيد الموصى له بوجه خاص، فجعل حق الاستيفاء بواحد من الطريقين، بل إنه تجاوز حدود هذا المذهب وجعل له اختيار أي الطريقين حتى

---

(١) ففي نهاية المحتاج للشافعية. إنه إذا قامت القرينة أو اطرد العرف على أن المراد من عبارة الموصي تمليك المنفعة بأي لفظ كان ملك الأمرين، وإن كان لا يفيد التمليك بل الإباحة أو الانتفاع الشخصي. كما إذا أسند السكنى أو الانتفاع إلى الموصي له فإن هذا الإسناد يقتضي قصورهما على مباشرته هو فلا يملك الاستغلال في هذا الوجه.

(١) ونصها «إذا كانت العين الموصي بمنفعتها تحتمل الانتفاع أو الاستغلال على وجه غير الذي أوصي به، جاز للموصى له أن ينتفع بها أو يستغلها على الوجه الذي يراه بشرط عدم الإضرار بالعين الموصي بمنفعتها.

ولو منعه الموصى من أحدهما، فما دامت العين الموصى بمنفعتها تحتمل الأمرين كان للموصى له أن يختار الوجه الذي يحقق مصلحته إذا لم يضر ذلك بالعين نفسها.

وجاء في المذكرة التفسيرية توجيهاً لذلك «إن المصلحة في إعطاء مالك المنفعة حق توجيهها إلى ما يراه من فائدته. فقد يضطر الموصى له بالسكنى إلى الإقامة في جهة أخرى، أو يكون الموصى له بسكناه أكثر من حاجته، وقد يكون الموصى له بالغلة في حاجة إلى سكنى الدار. لهذا وضعت هذه الأحكام، وروعي فيها ألا يترتب على تصرف الموصى له ضرر بالعين الموصى بها، كما لو كانت داراً صالحة للسكنى فأجرها لمن يستعملها مصنعاً وفي وضع آلات المصنع فيها ضرر، لأن جدرانها لا تحتمل حركة آلات المصنع، وهذا التوسع وإن لم يوجد في مذهب من المذاهب المشهورة إلا أنه ليس خارجا عن قواعد التشريع».

المنفعة المشتركة وطريقة استيفائها

إذا كانت المنفعة الموصى بها لواحد ولا شريك له فيها استوفاها على الوجه السابق، أما إذا كان المنتفعون أكثر من واحد بأن تعدد الموصى لهم، أو كان الورثة شركاء للموصى له في الانتفاع بالعين: كما إذا أوصى لواحد بمنفعة نصف داره، فإن اتفقوا على طريقة خاصة وجب اتباع ما اتفقوا عليه، وإن اختلفوا كان الفصل بينهم للقاضي يتبع إحدى طرق ثلاث.

١ ـ استغلال العين إما بزرعها أو بتأجيرها وتقسيم الغلة بين الشركاء على حسب حصصهم.

٢ ـ تقسيم العين بينهم قسمة مهيأة زمنية أو مكانية.

فالأولى: بأن تعطي العين كلها لكل واحد من الشركاء زمناً ينتفع بها فيه

على الوجه الذي يختاره، ثم يأخذها غيره وهكذا إلى آخرهم، ويكون زمن انتفاع كل واحد بنسبة ماله من المنفعة.

والثانية: بأن يعطي لكل واحد جزءاً من تلك العين بنسبة نصيبه لينتفع به عاماً، ثم يتبادلوا تلك الأجزاء، فيأخذ هذا ما كان في يد الآخر وبالعكس ليتوزع الانتفاع بينهم من غير مفاضلة.

٣ ـ تقسيم العين بينهم أجزاء يعطي لكل واحد جزء ينتفع به من غير تبادل كما في الوجه السابق، ولكن جواز ذلك مشروط بشرطين. أن تكون العين مما تقبل القسمة، وألا يكون في قسمتها ضرر يلحق الورثة، فإذا انتفى أحد الأمرين منعت القسمة واتبع إحدى الطريقتين السابقتين.

فلو كانت الدار الموصى بمنفعتها صغيرة لا تقبل القسمة، وطلب أحد الشركاء قسمة عينها لم يجب إلى طلبه، وإن كانت كبيرة إلا أن قسمتها تحتاج إلى تكاليف من إقامة حواجز بين الأقسام، وهدم بعض الجدران، وعند نقض هذه القسمة يحتاج الهدم إلى تكاليف أخرى، أو كان التقسيم في ذاته يشوه جمال البناء وينقص قيمته لا يلجأ إلى هذا الطريق.

عرض القانون لبيان هذه الأحكام في مادته السابعة والخمسين[1].

ولقد جاء بالمذكرة التفسيرية أنه «إذا كانت الوصية بحق لا يمكن قسمته ولا المهيأة فيه يجتهد القاضي في تقدير مدى استعمال الحق معتمداً على القواعد العامة للشريعة».

---

(١) ونصها «تستوفي المنفعة بقسمة الغلة أو الثمرة بين الموصى له وورثة الموصي بنسبة ما يخص كل فريق أو بالتهايؤ زماناً أو مكاناً، أو بقسمة العين إذا كانت تحتمل القسمة من غير ضرر».

ما تنتهي به الوصية بالمنفعة ومبطلاتها .

الوصية بالمنفعة إذا كانت لغير المحصورين ممن لا يظن انقطاعهم أو لجهة من جهات البر ، مؤبدة كانت أو مطلقة لا تنتهي ، فإنها تكون كالوقف .

وإذا كانت لمعين محددة المدة فإنها تنتهي بانتهاء مدتها متى تمكن من استيفائها سواء انتفع بالفعل أو لا .

وإذا كانت له مؤبدة أو مطلقة أو محددة بحياته فإنها تنتهي بوفاته .

وإذا كانت لمحصورين انتهت بانتهاء المدة أو بانقراضهم كلهم .

وإذا كانت للطبقات فإنها تنتهي بانقراض الطبقة الثانية كما سبق بيانه .

أما مبطلاتها فكثيرة عرض القانون لبعضها في مادته التاسعة والخمسين[١]

أولاً : مضي المدة المعينة للانتفاع قبل موت الموصي ، لأن فوات المدة في الوصية بالمنفعة كهلاك العين في الوصية بالأعيان كما بيناه فيما سبق .

وهذا الحكم شامل لمضي المدة كلها أو بعضها ، فتبطل كلها بفوات كل المدة ، وتبطل في الجزء الفائت فقط في فوات بعضها .

ثانياً : موت الموصى له المعين قبل بدء المدة ، أو في أثنائها . غير أن البطلان في الأولى كلي ، وفي الثانية جزئي لعدم وجود المستحق بموته .

ثالثاً : إذا استحقت العين الموصى بمنفعتها فإنه يتبين به أن الموصي أوصى بما لا يملك .

رابعاً : اسقاط الموصى له حقه في المنفعة . إما بإبراء الورثة منه مجاناً ، أو

---

(١) ونصها « تسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها وبشراء الموصى له العين التي أوصى له بمنفعتها وبإسقاط حقه فيها لورثة الموصي بعوض أو بغير عوض ، وباستحقاق العين .

بعوض كأن يتراضوا على شيء يدفعوه إليه على أن يسلم الغلة ويبرئهم منها فيما لو تعدوا عليها ووجب عليهم ضمانها، أو بمصالحتهم على تركها لهم في نظير عوض ابتداء لأنه صاحب حق يملك إسقاطه كذلك.

هذا وقد سبق أنه إذا اشترى الموصى له بالمنفعة العين الموصى بمنفعتها بطلت الوصية، لأنه ملك المنفعة بملك الرقبة فلا بقاء للوصية.

ومما يلاحظ هنا أن الاستحقاق أو الشرأء إذا كان قبل ابتداء المدة بطلت الوصية كلها، وإذا كان بعد مضي جزء منها بطلت في باقي المدة.

المبحث الثالث
في
الوصية بالحقوق وما في معناها

الوصية بالحقوق جائزة اعترف بها أصحاب المذاهب المشهورة على خلاف بينهم في تفصيلها، وهي - بوجه عام - الحقوق التي تنتقل بالإرث، لأن الوصية أخت الميراث. فكل ما يورث تصح الوصية به.

وقانون الوصية أقر هذا المبدأ في مادته الحادية عشرة[1] حيث جعل الأصل العام في الحقوق التي تصح الوصية بها هو انتقالها بالإرث، ولم ينص إلا على حقين منها، وهما حق الخلو، وحق المنفعة المملوكة بعقد الإجارة، واستند في أولهما إلى مذهب المالكية، وفي الثاني إلى مذهب الشافعية.

والمشرع بمسلكه هذا يهدف إلى غرضين:

---

(١) ونصها «تصح الوصية بالخلو وبالحقوق التي تنتقل بالإرث، ومنها حق المنفعة بالعين المستأجرة بعد وفاة المستأجر.

أولهما: أنه لم يقف بالأصل المقرر في الوصية بالحقوق - وهو انتقالها بالإرث مع مذهب الحنفية الذي كان معمولا به من قبل. بل تخطاه إلى المذاهب الأخرى، فكل حق يورث عند الفقهاء تصح الوصية به مهما اختلفت المذاهب فيه.

ثانيهما: عدم قصر الحقوق على المنصوص عليها في المذاهب الفقهية، بل جعل ذلك تابعاً لما يقرره القانون المدني صاحب السلطان في إثبات الحقوق وتكييفها، فهو الذي يقرر أن الحق يورث أو لا يورث، وأما توزيع الحق بين أصحابه فيرجع فيه إلى الشريعة الإسلامية، وعلى هذا تكون تلك المادة مفيدة مشروعية الوصية بكل حق تقرر القوانين أنه يورث سواء نص عليه الفقهاء أو لم ينصوا عليه.

ومن هذه الحقوق التي تورث، وتصح الوصية بها ما صرحت به المادة السابقة ومذكرتها التفسيرية.

١ - حقوق الارتفاق - ٢ - حق التعلي - ٣ - حق المنفعة المملوكة بعقد الإجارة - ٤ - حق الخلو.

أما حقوق الارتفاق - كحق الشرب والمجرى والمسيل والمرور - فالحنفية جوزوا الوصية بها لأنها تورث عندهم، لكنها تبطل بموت الموصى له. فلا تنتقل إلى ورثته بالموت. كالوصية بالمنافع. وعلل ذلك صاحب البدائع بأنها ليست مالا، بل هي حق مالي يشبه الخدمة.

والقانون أقر الوصية بحقوق الارتفاق لدخولها في الحقوق التي تورث، فهو موافق لمذهب الحنفية فيها، ولقد صرحت مذكرته التفسيرية بأن حكمها مأخوذ من هذا المذهب غير أنها قيدت جواز الوصية بها بأحد أمرين. أن تكون الوصية بها تبعاً لأرض موصى بها كذلك، كأن يوصي لشخص بقطعة

أرض مع حقوقها، أو تكون لمالك أرض ينتفع بها، ومعنى هذا أنه لا تصح بها وحدها لمن لا يملك أرضاً ترتفق بهذه الحقوق.

ولم أر في كتب الحنفية تقييداً كهذا؛ ولكن قواعدهم لا تأباه.

أما حق التعلي فلم تصرح بـه المادة، ولكنـه جـاء في المذكـرة التفسيريـة، وصرحت بأنه مأخوذ من مذهب المالكية، ومرجع ذلك أن حق التعلي، وهو حق القرار على بناء مملوك لآخر يصح تمليكه للغير عند المالكية بالبيع سواء كان البناء قائماً أولا.

فإذا كان الشخص يملك منزلاً مكوناً من طابق واحد جاز له أن يبيع لآخر حق البناء على بنائه هذا بعد أن يتفقا على مقدار ما يبنيه المشتري.

والحنفية لم يجوزوا هذا البيع إلا والبناء قائم. بأن يبيع له الطابق الثاني من المبنى، فإذا كان الشخص يملك الطابق الثاني من منزل جاز له بيعه والبناء قائم عليه، فإذا انهدم البناء لا يصح له بيعه، لأنه حق مجرد ليس متعلقاً بمال.

أما الوصية بالمنفعة المملوكة بعقد الإجارة فقد أخذها القانون من مذهب الشافعية الذين قرروا، أن الإجارة لا تنفسخ بموت[1] أحد المتعاقدين، فلو استأجر شخص داراً لمدة خمس سنوات، ومات بعد سنتين مثلاً، فإن عقد الإجارة لا ينفسخ بموته، بل يملك ورثته منفعة الدار بقية مدة الإجارة بطريق الإرث، ومن هنا صحت الوصية بها عندهم. ففي الصورة السابقة، لو أوصى

---

(١) وبهذا جاء القانون المدني الحالي في المادة - ١٠٦ فقرة أولى ونصها

أ - لا ينتهي الايجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر.

ب - ومع ذلك إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم أو أصبح الإيجار مجاوزا حدود حاجتهم إليها.

المستأجر لشخص بما يبقى في عقد الإجارة بعد وفاته صح ذلك، وكان للموصى له الانتفاع بالدار بقية المدة، فإذا مات الموصى له قبل تمام المدة بطلت الوصية في الباقي لما سبق. أن القانون سار على انتهاء الوصية بالمنافع بموت الموصى له.

أما الوصية بالخلو فقد صرحت المذكرة التفسيرية بأنه مستند إلى رأي المتأخرين من المالكية، ويتحقق هذا الحق في صور منها: ما إذا كان الوقف محتاجاً إلى عمارة وليس له مال يعمرمنه، فيتقدم شخص إلى متولي شئون الوقف ويقدم له المال اللازم لتلك العمارة، فيكون بما قدم من مال صاحب خلو، وهو حق يجعل له حق البقاء في العين الموقوفة إن كان مستأجراً لها من قبل، أو يجعله أحق باستئجارها مدة طويلة نظير أجر بسيط يسمى حكراً، أو يجعله أحق بأجرتها بما يعادل ما أنفقه إن تركها واستأجرها غيره.

فإذا ثبت هذا الحق لشخص كان له أن يوصي به لغيره في بقية المدة التي له فيها هذا الحق.

ومنها أن يكون الموقوف عليه محتاجاً إلى نفقات فيدفعها شخص على أن يكون أولى باستئجار العين الموقوفة من غيره، كقطعة أرض موقوفة على مصحة واحتاجت المصحة إلى أدوات فيتولى بها شخص على أن يكون أحق باستئجار الأرض الموقوفة على المصحة من غيره.

والوصية بالحقوق تقدر بقيمة الحق نفسه. بأن تقوم العين محملة بهذا الحق، ثم تقوم مجردة عنه، والفرق بين القيمتين هو قيمة الحق، وهو مقدار الوصية فإن خرج من ثلث التركة نفذت من غير توقف، وإلا توقف على إجازة الورثة فيما زاد عنه، لا فرق في ذلك بين أن تكون الوصية مؤبدة أو مطلقة أو مؤقتة. غاية الأمر أن كيفية التقدير تتبع صورة الوصية، فإن كانت مؤقتة قدرت

العين محملة بهذا الحق في تلك المدة، وإن كانت مطلقة أو مؤبدة قدرت محملة بهذا الحق بهذا الوصف، ولا شك أن القيمة تختلف باختلاف صور الوصية.

جاء بيان التقدير في المادة الثالثة والستين[1].

والمذكرة التفسيرية تصرح بأن هذا التقدير مأخوذ من مذهب الشافعي، مع العلم بأن مذهب الحنفية لا يختلف عن ذلك، ففي رأي أكثرهم أن الحق الموصى به يضم إلى أقرب أرض إليه وينظر بكم تشتري معه وبدونه، والفرق بينهما هو قيمة الحق، كما جاء في شرح المجلة العدلية للأتاسي[2].

الوصية بالإقراض

من الأنواع التي أجازها الفقهاء لما فيها من نفع للموصى له الوصية بالإقراض، فإذا قال الموصي: أوصيت لفلان بمائة جنيه من مالي قرضاً إلى ثلاث سنين مثلاً، فإن هذه الوصية تصح سواء عين المائة بالإشارة إليها أو لم يعينها، ويجب على منفذ الوصية تنفيذها إذا قبلها الموصى له.

وهذه الوصية في بادىء أمرها وصية بالانتفاع بهذا القرض، لأن الموصى له وإن ملك[3] عين المال المقترض إلا أنه ملزم يرد بدله، فيؤول ملكه إلى الانتفاع باستهلاك العين، وإذا كانت ا لوصية بالإقراض وصية بالمنفعة، وهي في غالب

---

(١) ونصها «إذا كانت الوصية بحق من الحقوق قدرت بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق الموصى به وقيمتها بدونه.

(٢) جاء في جـ ٤ ص ١٩٤ «أن تقدير الوصية بحق الشرب له طريقان عند فقهاء الحنفية.
١ - أن يسأل المقومين من أهل ذلك الموضع أن العلماء لو اتفقوا على جواز بيعه منفرداً بكم يشتري وما يقدر به يعتبر من الثلث - واكثرهم على أنه يضم إلى أقرب أرض إليه فينظر بكم تشتري معه وبدونه فيكون فضل ما بينهما قيمته» أ. هـ.

(٣) في البدائع جـ ٧ ص ٢٩٦ «حكم القرض هو ثبوت الملك للمستقرض للحال وثبوت مثله في ذمة المستقرض للمقرض للحال، وهذا في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف في النوادر أنه لا يملك القرض بالقبض ما لم يستهلك، ثم وجه كلا من الرأيين فليراجع.

صورها تكون مقيدة بزمن فهل الإقراض في الوصية يتقيد بالزمن الذي حدده الموصي، ويلزم الورثة بعدم طلب القرض قبل مضي هذه المدة أولا؟

الفقهاء وإن اختلفوا في لزوم الأجل في القرض ما بين مانع للزومة، ومعترف به إلا أنهم متفقون على لزومه في قرض الوصية، ففقهاء الحنفية الذين لم يجعلوا الأجل لازماً في القرض العام[1] استثنوا الوصية، وجعلوا الأجل فيها لازماً للورثة، فلا يحق لهم أن يطالبوا الموصى له بالقرض قبل انتهاء أجله.

وقد صرحت المذكرة التفسيرية بأن أحكام الوصية بالإقراض مأخوذة من مذهب الحنفية.

ثم إن الوصية بالإقراض تتقيد بالثلث كغيرها من الوصايا، فإذا زاد المال الموصى بقرضه عن الثلث توقف تنفيذ الوصية في القدر الزائد على إجازة الورثة.

صرح القانون بهذا في مادته الثانية عشرة[2]، وتقول مذكرته التفسيرية: إن هذا ما تقتضيه قواعد الحنفية.

---

(١) جاء في البدائع في الموضع السابق «والأجل لا يلزم في القرض سواء كان مشروطاً في العقد أو متأخراً عنه بخلاف سائر الديون لأن القرض تبرع حيث لا يقابله عوض في الحال، فلا يملكه إلا من يملك التبرع، ولأن القرض يسلك به مسلك العارية، لأن المستقرض انتفع بالعين مدة ثم رد ما قبض وإن كان بدله في الحقيقة ورد بدل للعين بمنزلة رد العين ثم قال. وقد يلزم الأجل في القرض بحال بأن يوصي بأن يقرض من ماله بعد موته فلاناً ألف درهم إلى سنة فإنه ينفذ وصيته ويقرض ماله كما أمر وليس لورثته أن يطالبوا به قبل السنة. ا هـ ملخصاً.

والذي يظهر لي في الفرق بين الأجلين. إن الأجل في القرض تبرع تبعاً لأصل القرض والتبرع غير ملزم للمتبرع، فكما أن للمقرض أن يرجع في أصل التبرع كذلك له أن يرجع في وصفه وهو الأجل، وهذا إذا كان المتبرع موجوداً ويتصور منه الرجوع، فإذا مات فإن الرجوع لا يتصور منه فلا يتصور إبطال الأجل، والورثة غير متبرعين، بل هم منفذون لرغبة الموصي، على أن الموصى له قبل الوصية بالقرض بهذا الوصف فيلزم تحقيق رغبته هو الآخر.

(٢) ونصها «تصح الوصية بإقراض الموصى له قدراً معلوماً من المال ولا تنفذ فيما زاد على ثلث التركة إلا بإجازة الورثة».

الوصية بقسمة أعيان التركة

قد يرى الشخص في أواخر حياته الصلة مفككة بين ورثته. أو أن فيهم أطفالاً صغاراً يخشى عليهم الجور فيعمد إلى تقسم تركته بينهم، فيعين لكل وارث نصيبه بحيث تتمايز الأنصباء، ثم يموت تاركاً وراءه هذه الوصية، فهل يلزم ورثته بهذا التقسيم؟.

هذه المسألة من مواضع اختلاف الفقهاء.

ففي رأي الجمهور أن التصرف لا يلزم الورثة بشيء، ولا ينفذ إلا بإجازتهم كلهم، لأنه يمس حقوقهم إذ هي متعلقة بأعيان التركة المختلفة باختلاف الأغراض منها، فقد تتساوى عينان في القيمة مع تباين الغرض منهما، ففي إلزام الورثة به ضياع لحقوق بعضهم مما يثير الشحناء والبغضاء بينهم: الأمر الذي يعود على فعل الموصى بالنقض.

وفي رأي آخر إن هذا التصرف ملزم للورثة لا يسعهم نقضه ولا إبطاله ما دام التقسيم عادلاً لا جور فيه بحيث يأخذ كل واحد مقدار سهمه المقدر له شرعاً، فإذا زاد كانت الزيادة وصية أخرى تأخذ حكمها المقرر لها. وهذا الرأي هو أحد القولين عند الحنابلة، وقول مرجوح عند الشافعية، ونقل عن بعض فقهاء الحنفية المتأخرين[1].

---

(١) راجع نهاية المحتاج للشافعية جـ ٧ ص ١٦. والمغنى لابن قدامةالحنبلي جـ ٦ ص ٧. ورد المحتار لابن عابدين جـ ٥، جاء في نهاية المحتاج «الوصية لكل وارث بقدر حصته مشاعاً كنصف وثلث لغو، جاء في نهايةالمحتاج «الوصية لكل وارث بقدر حصته مشاعاً كنصف وثلث لغو، لأنه يستحقه بغير وصية، وبعين هي قدر حصته كان ترك ابنين وداراً وقنا قيمتها سواء فحص كلا بواحد صحيحة، وتفتقر إلى الإجازة في الأصح لاختلاف الأغراض بالأعيان. ا هـ.

وفي المغنى: وإن وصي لكل وارث بمعين من ماله بقدر نصيبه احتمل أن تصح الوصية، لأن حق الوارث في القدر لا في العين بدليل ما لو عاوض المريض بعض ورثته أو أجنبياً =

وسند هذا الرأي أن حق الوارث إنما هو في قيمة الأموال لا في أعيانها بدليل أن المريض مرض الموت لو باع كل ماله لأحد ورثته بمثل قيمته صح ونفذ ولا يملك باقي الورثة نقض ذلك التصرف بعد وفاته.

والقانون وافق الرأي الثاني في أصل المبدأ فجعل الوصية بتقسيم التركة صحيحة لازمة بلا توقف، لكنه لم يتقيد بكون التقسيم على قدر الأنصباء، بل جعل الوصية لازمة حتى ولو جعل لبعضهم أكثر مما يستحق ما دامت الزيادة في حدود ثلث التركة ،فإذا زادت المحاباة على الثلث توقف النفاذ على إجازة الورثة إن أجازوها نفذت وإلا رد الزائد إلى التركة، وقسم الثلث بين المزيد لهم بنسبة الزيادة لكل منهم بناء على ما قرره في المادة - ٣٧ - من صحة الوصية للوارث والأجنبي في حدود الثلث على السواء.

جاء بيان الوصية بالتقسيم في المادة الثالثة عشرة[1].

الوصية بالتصرف في عين لشخص معين

من أنواع الوصية التي أجازها الفقهاء. أن يوصي شخص ببيع عين معينة بثمن محدد لفلان، أو بتأجيرها له مدة محددة بأجر معين، لأنه قد يكون للموصي غرض في ذلك، كما يكون للموصى له مصلحة فيه، وليس في هذه الوصية ضرر يلحق الورثة حيث تخرج العين في الوصية بالبيع، والمنفعة في الإجازة في نظير عوض.

= بجميع ماله صح إذا كان ذلك بثمن المثل. وإن تضمن فوات عين المال، واحتمل أن تقف على الإجازة لأن في الأعيان غرضاً صحيحاً. وكما لا يجوز إبطال حق الوارث في قدر حقه لا يجوز في عينه، ا هـ ملخصاً.

(١) ونصها (تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه، وتكون لازمة بوفاة الموصي، فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية).

وقد جوز القانون هذه الوصية وبين أحكامها في مادته السادسة والخمسين[٢] على التفصيل الآتي:

إذا كانت الوصية بالبيع بثمن المثل، والإجارة بأجر المثل نفذت الوصية من غير توقف على إجازة الورثة حيث لا ضرر يلحقهم منها.

وكذلك إذا كانت بأقل من المثل بمقدار يخرج من الثلث، أو يزيد هذا النقص زيادة يسيرة يتغابن الناس فيها عادة، لأنه لا ضرر على الورثة في هذه الصورة أيضاً.

وأما إذا كان النقص يزيد على ثلث التركة بمقدار لا يتغابن فيه الناس عادة - وهو المسمى بالغبن الفاحش - توقفت على إجازة الورثة، لأنها تمس حقهم بما يساوي مقدار الزيادة على الثلث، فإن أجازوها نفذت. وإن لم يجيزوها طلب من الموصى له أن يدفع للورثة مقدار ما زاد على الثلث، فإن دفعه نفذت الوصية وتم البيع أو الإجارة. وإن أبى الدفع بطلت الوصية كلها فلا بيع ولا إجارة.

الوصية بالمرتبات

المرتب هو مقدار من المال يصرف دورياً لشخص أو أشخاص أو لجهة من الجهات في فترات متساوية من الزمن ككل شهر أو سنة.

فإذا قال شخص: أوصيت لفلان من مالي بعشرة جنيهات كل شهر مدة حياته كانت وصية بمرتب، ومثلها لو قال: اصرفوا لهذا المسجد من مالي بعد وفاتي كل عام مائة جنيه تنفق في مصالحه.

---

(٢) ونصها (إذا كانت الوصية ببيع العين للموصى له بثمن معين أو بتأجيرها له لمدة معينة وبأجرة مسماة وكان الثمن أو الأجر أقل من المثل بغبن فاحش يخرج من الثلث، أو بغبن يسير نفذت الوصية، وإن كان الغبن الفاحش لا يخرج من الثلث ولم يجز الورثة الزيادة فلا تنفذ الوصية إلا إذا قبل الموصى له دفع الزيادة.

والوصية بالمرتب صحيحة عند جمهور الفقهاء سواء أكانت من رأس التركة أم من غلتها، أم من غلة عين منها لأنها لا تخرج عن أن تكون وصية بعين أو بمنفعة، فالوصية بمرتب من رأس المال من قبيل الوصية بالأعيان، لأن حقيقتها وصية ببعض مايترك من أموال مرتب التوزيع على أوقات دورية، والوصية به من الغلات من قبيل الوصية بالمنافع، لأنها وصية بجزء من غلات بعض أعيان تركته رتب توزيعه على أوقات دورية كذلك.

وهذه الوصية كغيرها من الوصايا - تقع على صور عديدة، لأنها قد تكون مؤقتة بمدة معلومة كخمس سنوات مثلاً، وقد تكون مؤقتة بحياة الموصى له، كما تكون مؤبدة ومطلقة عن التقييد بشيء من ذلك.

ومن جهة أخرى قد تكون لمعين أو لغير معين، أو للطبقات، أو لجهة من الجهات.

وهذه الصور العديدة فيها توافق في بعض الأحكام، وتخالف في بعضها الآخر، فهي تتفق في أنها بعد تقديرها تتقيد بالثلث، فلا تنفذ في أكثر منه إلا بإجازة الورثة، وعند تنفيذها تحبس لها عين من التركة تكفي غلتها للوفاء بالمرتب الموصى به، وتختلف بعد ذلك في كيفية التقدير، وطريقة الوفاء، والانتهاء وعلاقة ورثة الموصى بها.

وقانون الوصية بين أحكام تلك الصور من غير أن يلتزم مذهباً معيناً من مذاهب الفقهاء - كعادته - وكان لاجتهاد واضعي مشروعه أثر ظاهر في تلفيق أحكامه.

والوصية بالمرتبات تتنوع إلى نوعين: وصية مؤقتة بوقت، وأخرى مؤبدة.

أما المؤبدة: فهي التي لم يحدد لها وقت حين إنشائها، ولا يمكن تحديده عند التنفيذ لعدم معرفة نهاية الموصى له. كالوصية لجهات البر العامة الدائمة من

المساجد والملاجىء والمصحات وغيرها وغير المحصورين الذين لا يظن انقطاعهم كالفقراء وغيرهم.

فإذا قال شخص: أوصيت لهذا المسجد بخمسة جنيهات تصرف لمصالحه كل شهر من غير أن يقيدها بوقت معين كانت وصية مؤبدة، سواء نص على التأبيد أو أطلق في كلامه، وهذا يقتضي دوام صرف المرتب لهذا المسجد سواء جعله من رأس مال التركة، أو من غلاتها لأننا لا نعلم نهاية للموصى له.

ولتنفيذ هذه الوصية تخصص عين من أعيان التركة تكفي غلتها للوفاء بهذا المرتب الموصى به حسب تقدير الخبراء، وبهذا التخصيص تصير تلك العين وقفاً على المسجد، وتنقطع علاقة ورثة الموصي بها حتى لا يرجع عليها بتكملة المرتب فيما إذا نقصت الغلة عن الوفاء في بعض السنوات، كما لا حق لهم فيما يزيد من غلتها عنه في عام من الأعوام، بل تصرف الغلة بزيادتها أو نقصانها إلى الجهة الموصي لها.

ويلاحظ أن تقدير الوصية في هذه الحالة يكون بقيمة العين المحبوسة للوفاء بالمرتب، فإن كانت تخرج من الثلث أو أقل منه نفذت الوصية، وإن زادت على ثلث التركة ردت إلى ما يساوي الثلث إن لم يجزها الورثة.

جاء حكم هذه الوصية مفصلاً بالمادة الثامنة والستين[1].

أما **الوصية المؤقتة** فتحتها صنفان. صنف له وقت معلوم عند الإيصاء كما لو أوصى بمرتب مدة عشرين عاماً مثلاً، وآخر غير معلوم وقته على وجه

---

(١) ونصها «إذا كانت الوصية بالمرتبات لجهة لها صفة الدوام مطلقة أو مؤبدة يوقف من مال الموصي ما تضمن غلته تنفيذ الوصية، ولا يوقف ما يزيد على الثلث إلا بإجازة الورثة، وإذا أغل الموقوف أكثر من المرتب الموصي به استحقته الجهة الموصى لها، وإذا نقصت الغلة فليس لها الرجوع على ورثة الموصي».

التحديد ولكن يحدد عند التنفيذ، كما لو أوصى بمرتب لشخص طول حياته.

والصنف الأول: تحت صورتان - ١ - وصية بمرتب من رأس المال. ٢ - وصية بمرتب من الغلة.

والصنف الثاني كذلك له صورتان - ١ - وصية لمعين بالاسم مدة حياته أو مطلقة أو مؤبدة - ٢ - وصية لمعين بالوصف كالوصية للطبقات مدة الحياة أو مؤبدة أو مطلقة.

فتلك أربع صور سنتكلم عليها بالترتيب، ثم تتبعها ببعض أحكام تكميلية عرض لها القانون في مادتين من مواده.

الصورة الأولى: الوصية بمرتب من رأس مال التركة مدة معلومة سواء كانت لمعين بالإسم أو لغيره من الطبقات أو الجهات العامة، كما لو أوصى شخص بمائة جنيه من تركته تصرف كل سنة لشخص معين، أو لاولاد فلان، أو لمستشفى بلده، أو لمسجدها لمدة عشر سنوات فهذه وصية صحيحة واجبة التنفيذ،لكنها تحتاج إلى بيان كيفية تقديرها، وطريقة تنفيذها، وأخيراً إلى بيان ما تنتهي به.

ولقد عرض القانون في صراحة لبيان طريقة التنفيذ وما تنتهي به في مادته الرابعة والستين[1].

فبين أنه يوقف من مال الموصي عين تكفي غلاتها للوفاء بهذا المرتب ضماناً لتنفيذ الوصية بحيث لا يضر ذلك بالورثة، بأن تكون العين الموقوفة للتنفيذ في

---

(١) ونصها (تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال لمدة معينة، ويقف من مال الموصي ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة.
فإذا زاد ما وقف لضمان تنفذ الوصية على ثلث التركة ولم يجز الورثة الزيادة يوقف منه بقدر الثلث وتنفذ الوصية فيه وفي غلته إلى أن يستوفي الموصى له قيمة ثلث التركة حين الوفاة أو أن تنتهي المدة أو يموت الموصى له».

حدود ثلث التركة، فإذا زادت قيمتها على الثلث ولم يجز الورثة الزيادة وقف منها ما يوازي الثلث فقط وتنفذ الوصية من تلك العين وغلتها.

ففي نقص العين المخصصة إلى ما يوازي الثلث محافظة على حق الورثة في الثلثين، وفي الوقت نفسه لا يلحق الضرر بالموصى له، لأنه لا ينقص من مرتبة شيء، بل سيأخذه من الغلة ومن الرقبة كما سيأتي توضيحه عند الكلام على المادة ٦٧».

ولقد جاء بالمذكرة التفسيرية في هذا الموضع أنه يشترط في العين الموقوفة أن تكون قيمتها مساوية للمرتب الموصى له كله إذا كانت المدة قصيرة لا تزيد على عشر سنوات ليستوفي منها إذا عجزت غلتها عن الوفاء بالمرتب، أما إذا كانت مدة الوصية طويلة فيكفي أن تكون غلة العين كافية لسداد المرتب المطلوب حسب تقدير الخبراء من غير اشتراط مساواتها للمرتب في القيمة، لأن اشتراط هذا الشرط يترتب عليه في بعض صوره ضرر كبير بالورثة حينما تكون غلة العين الموقوفة أضعاف مقدار المرتب الموصي به، أو يكون للورثة مصلحة خاصة في هذه العين المساوية للمرتب في قيمته مع وجود عين أخرى أقل منها قيمة يكفي إيرادها لسداد المرتب.

وهذا التفصيل متفق مع روح القانون - وإن لم ينص عليه فيه - لأنه احتياط لحق الموصي له بما لا يضر بالورثة، وهو يشير إلى أن الأصل في تنفيذ الوصية بمرتب من رأس مال التركة أن توقف له عين تفي غلتها بالمرتب، وأن تكون قيمتها مساوية لقيمة المرتب في المدة كلها لاحتمال عجز الغلة عن الوفاء به فيستوفي من نفس العين، لأن هذه الوصية وصية بجزء من رأس المال، ولما كان اشتراط المساواة في الوصية الطويلة المدة يلحق الضرر بورثة الموصي لم يشترط فيها هذا الشرط، بل اكتفى بأن تكون غلاتها كافية للوفاء بالمرتب محافظة على الحقين ما أمكن، ثم بينت المادة أن الوصية تنتهي بأحد أمور ثلاثة.

١ استيفاء الموصى له ما يعادل ثلث تركة الموصي عند الوفاة، لأن الوصية قيدت بالثلث، والفرض أن الورثة لم يجيزوها فيما زاد عنه.

٢ ـ مضي المدة المحددة لها سواء كانت لمعين أو لغيره من الطبقات والجهات.

٣ ـ موت الموصى له قبل مضي المدة، ومثله انقراض أفراد الطبقتين في الوصية للطبقات.

وزادت المذكرة التفسيرية أمراً رابعاً وهو نفاذ العين الموقوفة للوفاء بالمرتب من غلاتها فيما إذا لم تف الغلات بالمرتب ولم يقبل ورثة الموصي دفع هذا النقص،فإنه يحق للموصى له أن يستوفي بقية حقه من العين المحبوسة ببيع أجزائها.

أما كيفية تقدير هذه الوصية فلم تعرض لها هذه المادة. والمذكرة التفسيرية لم تعرض لها أيضاً في هذا الموضع، ولكنها في موضع آخر عند الكلام على المادة ـ ٦٩ ـ المبينة حق الورثة في الاستيلاء على العين المخصصة للاستيفاء نظير إيداع المرتبات في جهة يعينها الموصى له أو القاضي لتنفيذ الوصية منها، قالت: « ولكن في هذه الحال إذا كانت الوصية بمرتب مدة معينة أو مدة حياة الموصى له تقدر الوصية بالمرتب من رأس المال بحساب المرتبات في كل المدة على ألا يزيد على الثلث وتقدر الوصية بالمرتبات من الغلة بالطريقة المبينة في المادة ـ ٦٥ ـ، وإنما قدرت الوصية بمرتب من رأس المال هنا على خلاف ما سبق في المادة ـ ٦٤ ـ حيث كان تقدير الوصية بتقدير قيمة العين، لأن الوصية هناك تستوفي من العين غلة ورقبة، وهنا لو قدرت الوصية بتقدير قيمة العين لتضرر الموصى لهم فيما إذا كانت قيمة العين أقل كثيراً من المرتبات في مدة الوصية».

فهذا الكلام يفيد أن الأصل في تقدير الوصية بالمرتب من رأس المال هو

تقديرها بقيمة العين لا بحساب المرتب، وأن ذلك التقدير موجود بالمادة ـ ٦٤ ـ.

وهذا غير مسلم مع مسلك القانون بعد صدوره لأن المادة المشار إليها لم تصرح بكيفية التقدير مع أن المادة ـ ٦٥ ـ المبينة لحكم الوصية بمرتب من الغلات صرحت بكيفية تقديرها بما لا يدع مجالاً للشك، ولعل مشروع القانون قبل أن يصير قانوناً كان فيه التقدير ثم حذف منه عند مناقشة الهيئة التشريعية له، وعلى هذا لا يكون لما جاء بالمذكرة التفسيرية بخصوص ما حذف من المشروع اعتبار بعد حذفه.

ولو فرضنا أنه لم يكن في المشروع الأول بيان لكيفية التقدير كان ما جاء بالمذكرة إحالة على غير موجود فلا يلتفت إليه.

وإذا كان القانون لم يصرح بكيفية التقدير، ولم يصلح ما جاء بالمذكرة التفسيرية بياناً له فبأي شيء تقدر هذه الوصية؟.

يرى الأستاذ أبو زهرة في كتابه شرح قانون الوصية[1] أن تقدير هذه الوصية يكون بالطريقة التي قدرت بها الوصية بالمنافع كما جاء بالمادة ـ ٦٢ ـ فإذا كانت الوصية بمرتب مدة عشر سنوات فأقل قدرت بحساب المرتب في هذه المدة، ثم ينسب إلى التركة ليعلم أنه يساوي ثلثها أولاً، ثم تخصص له عين للوفاء به، وإن كانت بمدة أكثر من ذلك سواء كانت محددة أو مطلقة أو مؤبدة قدرت الوصية بقيمة العين التي يمكن استيفاء هذا المرتب من غلاتها، ثم وجه ذلك بأن هذه الوصية تشبه الوصية بالمنافع، ولا تختلف عنها إلا في بعض أمور عدها.

---

(١) ص ١٧٤ الطبعة الثانية.

وهذا التقدير لا يستقيم مع منطق القانون، أو - على الأقل - يزيد القانون اضطراباً على حد تعبير صاحب هذا الرأي لأمرين:

الأول: أن الوصية بمرتب من رأس المال وصية بالأعيان، لأنها وصية بمقدار من المال يصرف على دفعات دورية - كما سبق بيانه - والوصية بالأعيان تقدر بذاتها، وعلى طريقة واحدة لا فرق بين القليل والكثير، فجعل التقدير هنا كالتقدير في المنافع غير مسلم.

الثاني: أن المشرع لو كان يقصد تطبيق كيفية تقدير المنافع هنا لكان الأولى أن يجعلها للوصية بمرتب من الغلات، لأنها وإن لم تكن وصية بالمنافع فهي أقرب شبهاً من الوصية بمرتب من رأس المال، مع أنه جعل لتلك الوصية طريقة أخرى في التقدير صرحت بها المادة - ٦٥ -.

والذي يظهر لي أن تقدير هذه الوصية يكون بالحساب. بأن يضرب المرتب السنوي في عدد السنين في كل وصية مؤقتة علمت مدتها وقت الإيصاء، كما في هذه الصورة، أو لم تعلم كما في الوصية لمعين طول حياته، والوصية للطبقات طالت المدة أم قصرت، لأنها وصية بالأعيان، وتقديرها معروف ومتفق عليه. والقانون سار في تقديرها مع الأصل المقرر عند الفقهاء جميعاً.

ولو كان المشرع يقصد غير هذا لبينه كما فعل في الوصية بالمنافع والحقوق والوصية بالمرتب من الغلة أو أحال بيانه على ما اختاره في المنافع، لكنه لم يفعل فرجح عندنا أنه قصد تقديرها بما تقدر به الأعيان.

وأي فرق بين الوصية لشخص بخمسين جنيها من ماله كل سنة لمدة عشرين عاماً وبين الوصية له بألف جنيه؟.

لا فرق بينهما إلا في أن الأولى توجب إعطاءه الألف جنيه منجمة على

عشرين عاماً، والثانية توجب إعطاءها له دفعة واحدة متى خرجت الألف من ثلث التركة.

على أن تقدير هذه الوصية بالحساب أضبط وأسهل متى عرفت مدتها بالتجديد ومعرفتها سهلة، أما التي قدرت لها مدة معلومة فالأمر ظاهر، وأما التي لم تقدر لها مدة عند الإيصاء كالوصية المطلقة والمؤبدة لمعين أو للطبقات، والتي قدر لها زمن مجهول كالوصية طول الحياة فقد وقتها القانون بحياة الموصى له المعين، وحياة أطول الأشخاص عمراً في الوصية للطبقات، ثم وكل تقدير تلك الحياة إلى أهل الخبرة من الأطباء، فإذا قدروا حياة الموصى له بعدد من السنين كانت هي مدة الوصية[1].

---

(١) ولا يطعن فيما رأيناه ما جاء في نفس المادة من « أنه إذا زاد ما أوقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة ولم يجز الورثة الزيادة يوقف منه بقدر الثلث الخ، لأنه في شأن العين التي تحبس لاستيفاء المرتب من غلتها، وهذا إنما يكون بعد تقدير المرتب فيها كلها أولا ومقارنته بالتركة، فان وازى ثلثها أو كان أقل منه نفذت الوصية فيه، ثم بنظر لأعيان التركة ويختار منها عين تكفي غلتها لسداد المرتب وتخصص لذلك. فإذا خصصت عين للتنفيذ فإنها تكون محبوسة عن ورثة الموصي، فلو وجدنا قيمة هذه العين المحبوسة أكثر من ثلث التركة ولم يجز الورثة تلك الزيادة ترد الحبس إلى ما يوازي الثلث فقط، لأننا لو لم نفعل ذلك نكون قد ألحقنا الضرر بالورثة مع أن المادة تنادي بأن ضمان التنفيذ للموصى له لا يكون على حساب إضرار الورثة، ولا يتأثر المرتب بنقصان العين المحبوسة، بل يبقى كما هو في التقدير الأول.

ولو وجدنا عند تقدير المرتبات أن مجموعها أكثر من الثلث ولم يجز الورثة تلك الزيادة ردناها إلى مقدار الثلث، وبهذا ينقص المرتب السنوي أو الشهري بنسبته إلى النقص الكلي، ثم ينظر بعد ذلك إلى أعيان التركة ليختار منها العين التي تكفي غلتها للوفاء بهذا المرتب بعد نقصانه، ثم تخصص للتنفيذ بشرط ألا تكون قيمة هذه العين المخصصة تزيد على ثلث التركة كما بيناه.

والخلاصة أن تقدير الوصية بالمرتب يكون بالحساب، فإذا ظهر أنه في حدود الثلث شرعنا في التنفيذ بتخصيص عين تكفي غلاتها للوفاء به ولا تزيد قيمتها على ثلث التركة إلا بإجازة الورثة، فإذا وجدنا مجموع المرتب يزيد على الثلث ولم يجز الورثة الزيادة أنقصناه إلى مقدار الثلث، وأعدنا توزيعه على عدد الأوقات ثم نبحث له بعد ذلك عن عين تخصص للوفاء به من غلاتها، فإذا وجدنا قيمتها أكثر من ثلث التركة ولم يجز الورثة حبس هذا الجزء الزائد=

هذا وقد صرحت المذكرة التفسيرية بأنه لو تبين بعد مضي مدة من الزمن أن بعض العين المحبوسة يكفي لتنفيذ الوصية منه إيراداً ورقبة في المدة الباقية كان للورثة أن يطلبوا من القاضي استرداد الزائد، فإذا طلبوا ذلك وقرر أهل الخبرة صحة دعواهم أجيبوا إلى طلبهم، ورد القاضي بعض العين المحبوسة إليهم.

الصورة الثانية: الوصية بمرتب مدة معلومة من غلة التركة أو من غلة عين منها سواء كانت لمعين أو لغيره من الطبقات والجهات.

كما لو أوصى لشخص معين، أو لأولاد فلان، أو لمسجد بخمسة جنيهات كل شهر تدفع إليه من غلة التركة، أو من غلة هذه العمارة مدة خمسة عشر عاماً.

هذه الوصية أجازها القانون وبين طريقة تقديرها في مادته الخامسة والستين[1] وهي أن تقدر التركة أو العين محملة بهذا المرتب الموصى به، ثم تقدر غير محملة به، والفرق بين القيمتين هو مقدار الوصية لا فرق في ذلك بين أن تكون المدة طويلة أو قصيرة، ثم يقارن هذا المقدار بالتركة كلها. فإن خرج من ثلثها نفذت الوصية.

وطريقة تنفيذها أن تخصص عين تكفي غلتها للوفاء بهذا المرتب، فإذا وجدنا عيناً كذلك حبسناها لهذا الوفاء، وإن كانت قيمة تلك العين المحبوسة

= وأنقصنا القدر المحبوس منها حتى يوازي الثلث، أو بحثنا عن عين أخرى، وهذا لا يضر بالموصى له لأنه سيأخذ باقي حقه من نفس العين.

(١) ونصها: «إذا كانت الوصية بمرتب من غلة التركة أو من غلة عين منها لمدة معينة تقوم التركة أو العين محملة بالمرتب الموصي به وغير محملة به، ويكون الفرق بين القيمتين هو القدر الموصي به، فإن خرج من ثلث المال نفذت الوصية، وإن زاد عليه ولم يجز الورثة الزيادة نفذ منها بقدر الثلث، وكان الزائد من المرتب وما يقابله من التركة او العين لورثة الموصي».

أكثر من ثلث التركة. لأن حق الموصى له تعلق بالغلة وحدها، فلو أنقصنا العين إلى مقدار الثلث ألحقنا الضرر بالموصى له إذا كانت هذه العين بعد إنقاصها لا تغل مقدار المرتب حيث لا نستطيع إكمال المرتب له من نفس العين كما فعلنا في الصورة السابقة.

وإذا وجدنا عند حساب مقدار الوصية أن قيمتها تزيد على ثلث التركة ولم يجز الورثة تلك الزيادة رددنا الوصية إلى مقدار الثلث، ثم يعاد توزيع المرتب وبعد ذلك يبحث له عن عين تخصص للتنفيذ بحيث تفي غلتها بكل المرتب بدون نظر إلى أن قيمتها توازي ثلث التركة أولاً كما قررناه من قبل.

فإذا أوصى لمسجد بعشرة جنيهات كل شهر من غلة التركة لمدة عشرين عاماً، وقدر الخبراء الفرق بين قيمتي التركة محملة بهذا المرتب وقيمتها غير محملة به بـ ٢٠٠٠ ج وكانت قيمة التركة ٤٨٠٠ جنيه فإن الوصية ترد إلى الثلث. وهو ١٦٠٠ جنيه أي تنقص مقدار الخمس، وحينئذ ينقص المرتب الشهري مقدار الخمس فيصير ثمانية جنيهات، وللتنفيذ نبحث عن عين تغل في الشهر ثمانية جنيهات فتخصص له ولو كانت قيمتها أكثر من ثلث التركة[1].

وإذا كانت الوصية بمرتب من غلة عين بذاتها، كالوصية بخمسة جنيهات كل شهر من غلة هذه الأرض، فإنه عند التنفيذ ينظر لغلة هذه الأرض، فإن كانت مساوية للمرتب أو أقل منه حبست هذه العين للوفاء من غلتها، ولا يوقف غيرها، لأن الموصي عين حق الموصى له من غلة هذه العين، ولو وجدنا غلة الأرض أكثر من المرتب أوقف منها مقدار ما يغل المرتب فقط لئلا نلحق

---

(١) جاء في المذكرة التفسيرية: إذا كانت الوصية في المدة المعينة بمرتب من غلة التركة أو غلة عين منها طالت المدة أو قصرت فإن الوصية تقدر بالفرق بين قيمة التركة أو العين بمنفعتها وقيمتها خالية من المنفعة بمثل المرتب، فإن زاد الفرق على الثلث ولم يجز الورثة الزائد ردت الوصية إلى الثلث ونقص المرتب بنسبة الزائد أخذاً من مذهب الشافعية.

الضرر بالورثة، ومما يلاحظ هنا أنه إذا نقص المرتب لزيادة الوصية عن الثلث يكون مقدار ما نقص من المرتب للورثة، وكذلك ما يقابله من العين الموصى بالمرتب من غلتها.

فإذا أوصى بعشرة جنيهات لشخص مدة معينة من غلة قطعة أرض مساحتها أربعة أفدنة، وعند تقدير الوصية وجدناها أكثر من الثلث بمقدار ربعها، فإنه ينقص من المرتب بمقدار ربعه يكون لورثة الموصي، كما تنقص تلك العين بمقدار الربع: وهو فدان، يكون للورثة أيضاً عندما تكون هذه الأرض لا تغل أكثر من عشرة جنيهات.

ثم إن المذكرة التفسيرية صرحت بأنه في جميع الأحوال يكون للورثة وقف عين أخرى لتغل المرتب إذا تضرروا من وقف العين التي ذكرها الموصي، وهذه الوصية تنتهي بانتهاء المدة المحددة لها، أو بموت الموصى له.

الصورة الثالثة: الوصية بمرتب لمعين مدة حياته سواء كانت من رأس المال أو من الغلة، كما لو أوصى لشخص بمائة جنيه كل سنة طول حياته أو مؤبداً أو أطلق ولم يقيدها.

وفي هذه الصورة يتبع في تقدير الوصية وتنفيذها الطريقة التي بيناها في الصورتين السابقتين بعد أن يقدر الخبراء مقدار حياة الموصى له بعد وفاة الموصى، وتقديرهم تقريبي اجتهادي، فاذا قدروها أصبحت مدة الوصية معلومة كأن الموصي قدرها حين الوصية فتأخذ حكمها.

فإذا مات الموصي له قبل انتهاء المدة المقدرة لحياته انتهت الوصية، وكانت بقية منفعة العين المخصصة للتنفيذ في الوصية بمرتب من الغلة. أو العين ومنفعتها في الوصية بمرتب من رأس مال التركة لمن يستحقها بعده سواء أكان موصى له آخر أم ورثة الموصي.

وكذلك تنتهي الوصية إذا نفذ المال الموقوف لتنفيذها ، **وإذا عاش بعد انتهاء المدة المحددة فانه يحق له أن يرجع على الورثة في المدة الزائدة بمرتبة عند كثير من الفقهاء تحقيقاً لرغبة الموصي في أن يأخذ هذا المرتب طول حياته .**

وذهب ابن القاسم من المالكية إلى أنه لا يحق له الرجوع بشيء على الورثة في المدة الزائدة ، وبرأى ابن القاسم أخذ القانون كما جاء بالمادة السادسة والستين[1] .

الصورة الرابعة : إذا أوصى بمرتب من رأس المال أو من الغلة للطبقات مدة الحياة مطلقة أو مؤبدة ، فإن هذه الوصية تصح ويجب تنفيذها للموجودين من الطبقتين الأوليين عند وفاة الموصي فقط ، فلا وصية لمن كان من الطبقة الثالثة ولا لغير الموجود ولو كان من الطبقة الثانية .

فلو أوصى شخص لفلان بمرتب عشرين جنيهاً ثم من بعده لذريته يصرف لهم كل شهر أبداً ، هذه الوصية تصح لفلان لأنه يعتبر الطبقة الأولى إذا كان موجوداً عند وفاة الموصي ، كما تصح للموجود من أولاده عند وفاة الموصي كذلك ، ولا تصح لأولاد أولاده ، لأنهم من الطبقة الثالثة ، **فإن لم يكن لفلان هذا أولاد عند وفاة الموصي ثم ولد له بعد ذلك فلا وصية لهم لعدم تحقق الشرط**[1] .

---

(١) ونصها : « إذا كانت الوصية لمعين بمرتب من رأس المال أو الغلة مطلقة أو مؤبدة أو مدة حياة الموصى له يقدر الأطباء حياته ويوقف من مال الموصي ما يضمن تنفيذ الوصية على الوجه المبين في المادة - ٦٤- إن كانت الوصية بمرتب من رأس المال وتوقف ما يغل المرتب الموصى به على الوجه المبين في المادة - ٦٥ - إن كانت الوصية بمرتب من الغلة .

فإذا مات الموصى له قبل المدة التي قدرها الأطباء كان الباقي من الوصية لمن يستحقه من الورثة أو من أوصى له بعده ، وإذا نفذ المال الموقوف لتنفيذ الوصية أو عاش الموصى له أكثر من المدة التي قدرها الأطباء فليس له الرجوع على الورثة .

(١) يلاحظ أن هذه الوصية خالفت سائر الوصايا ، لأنه لا يشترط في الموصى له غير المعين أن يكون موجوداً عند إنشاء الوصية ولا عند وفاة الموصي عملاً بمذهب المالكية ، وإنما يشترط إمكان وجوده فقط ، فلو استحال وجوده بطلت الوصية كما شرحناه عند الكلام على شروط الموصى له . =

ثم إنه يتبع في تقدير قيمة الوصية وطريقة تنفيذها ما يتبع في الوصايا الأخرى التي شرحناها، كما يتبع في تقدير مدتها ما اتبع في تقدير مدة الوصية لمعين من تفويضها إلى أهل الخبرة من الأطباء، فهم الذين يقدرون حياة الموجودين، وإن كان فيهم جنين قدرت بستين سنة أخذاً بما قرره المتأخرون من فقهاء الحنفية في الأعمار.

وبعد تقدير أعمار الموجودين تقدر مدة الوضية بأطولهم عمراً.

فإذا أوصى لشخص بمرتب ثم من بعده لأولاده، وكان له عند وفاة الموصي ثلاثة أولاد فقدر الأطباء حياة الأب بعشر سنين، والأولاد بعشرين وثلاثين وخمسين بالترتيب كانت مدة الوصية خمسين سنة.

وعلى هذا يأخذ الأب وصيته من غلة العين إن كان المرتب من الغلة، أو من الغلة والعين جميعاً إن كانت الوصية من رأس المال - إلى أن يموت - أو تنتهي المدة المحددة لحياته، فإذا مات انتقلت الوصية إلى أولاده، وتنتهي الوصية في حقهم بموتهم، أو بانتهاء مدتها، أو باستيفاء قيمة ثلث التركة، أو بنفاذ العين المخصصة للاستيفاء فيما إذا كانت الوصية من رأس المال.

وإذا انتهت مدة الأب قبل موته لا ينتقل الحق في غلة العين الموقوفة إلى أولاده الموصى لهم من الطبقة الثانية، لأن استحقاقهم لا يكون إلا بعد وفاة الأب لدلالة عبارة الموصي على ذلك، ثم من بعده لأولاده، وفي هذه الفترة تكون الغلة لورثة الموصي.

= **ولعل ملحظ القانون في هذه المخالفة:** أن تقدير الوصية في هذه الصورة متوقف على بيان مدتها بتقدير أهل الخبرة لحياة الموصى لهم، وهذا التقدير لا يكون إلا لموجود، فلو جعلنا هذه الوصية للموجود والمعدوم منهم لتعذر تقديرها، ومن ثم يتعذر تنفيذها. بخلاف غيرها من الوصايا بالأعيان أو المنافع أو الحقوق لأن تقديرها هناك ممكن ولا يتوقف على تقدير حياة الموصي لهم فصحت هناك للموجود وللمعدو.

وإذا مات الأب بعد مضي ثلاث وثلاثين سنة شمسية من وقت وفاة الموصي بطلت الوصية في حق أولاده: لأن هذه المدة مبطلة للاستحقاق كما سبقت الإشارة إليه.

جاء بيان حكم هذه الصورة في المادة الستين[1]

بقي بعد ذلك الكلام على أحكام تكميلية ثلاثة هي: ١ - إذا نقضت غلة العين المخصصة للاستيفاء في بعض السنين، فهل يباع جزء من تلك العين لتكميل المرتب أولاً؟ ٢ - إذا زادت الغلة عن المرتب في بعض السنين فما مصير هذه الزيادة؟ - ٣ - هل لورثة الموصي أن يستولوا على العين المخصصة نظير دفع مبلغ من المال يساوي مجموع المرتبات الموصي بها ليستوفي الموصى له مرتبة منها؟

عرض القانون لهذه المسائل في مادتي ٦٧، ٦٩، فالمادة السابعة والستون[2] بينت حكم زيادة الغلة ونقصانها، وهو يختلف باختلاف كون المرتب الموصى به من رأس المال أو من الغلة.

فإذا كانت الوصية بمرتب من رأس المال ونقصت غلة العين المخصصة عن الوفاء بالمرتب طولب ورثة الموصي بدفع هذا النقص حتى يكمل المرتب، فإن

---

(١) ونصها «لا تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال أو من الغلة لغير الموجودين من الطبقتين الأوليين من الموصى لهم من وقت موت الموصي، ويقدر الأطباء حياة الموجودين، وتنفذ الوصايا بمراعاة الأحكام المبينة في الوصايا للمعنيين»

(٢) ونصها «إذا لم تف غلة الموقوف من التركة بتنفيذ الوصية بمرتب من رأس المال بيع منه ما يفي بالمرتب، وإذا زادت الغلة عن المرتب ردت الزيادة إلى ورثة الموصي.

ويوقف ما يزيد من الغلة عن المرتب الموصى به في الغلة حتى تنتهي مدة الانتفاع فإذا لم يغل الموقوف من التركة ما يكفي لتنفيذ الوصية في إحدى السنوات استوفى الموصى له ما نقصه من الغلة الزائدة فاذا كانت الوصية تنص على أن المرتب يستوفي سنة فسنة أو قامت قرينة على ذلك ردت الزيادة السنوية لورثة الموصي».

لم يدفعوا باع القاضي ما يكمل ثمنه المرتب. وإذا زادت الغلة عن المرتب كانت الزيادة لورثة الموصي، لأن الغنم بالغرم.

وإن كانت الوصية بمرتب من الغلة فإن الاستيفاء لا يكون إلا من غلة العين المخصصة، فإن نقصت الغلة في عام من الأعوام فلا يرجع الموصى لهم على الورثة بما يكمل هذا النقص، كما ليس لهم المطالبة ببيع شيء من العين لتكملته. لأن حقهم في الغلة لا في العين، وإنما يكمل النقص من زيادة الغلة في سنة أخرى إذا كانت الزيادة محبوسة لذلك.

وأما زيادة الغلة عن المرتب فتكون لورثة الموصي إذا كانت عبارة الوصية تفيد أن صرف المرتب كل عام يؤخذ من غلات هذا العام، أو وجدت قرينة تدل على ذلك، وفي هذه الحالة يأخذ الموصى له مرتبة كاملا أو وقت الغلة، أو ناقصاً إن لم توف به، وما زاد من الغلة لا يحبس بل يعطي لورثة الموصي.

وإذا لم يكن في عبارة الموصي ما يدل على هذا التقييد فإن فائض الغلة يحبس لحساب الموصى له ليستوفي منه حقه عند نقصان الغلة، ويبقى محبوساً حتى تنتهي مدة الوصية، فيأخذ الورثة ما بقي من تلك الزيادة المحبوسة.

والمادة التاسعة والستون[1] بينت حكم الاستيلاء فجعلت للورثة الحق في أن يستولوا على العين التي خصصت لاستيفاء المرتب من غلتها بعد أن يودعوا المرتبات الموصى بها في جهة يعينها الموصى له كمصرف من المصارف، أو يعينها القاضي إذا لم يتفقوا مع الموصى له عليها، فإذا فعلوا ذلك كانت لهم

---

(١) ونصها «في الأحوال المبينة في المواد من ٦٤ إلى ٦٧ يجوز لورثة الموصي الاستيلاء على الموقوف لتنفيذ الوصية او التصرف فيه بشرط أن يودعوا في جهة يرضاها الموصى له أو يعينها القاضي جميع المرتبات نقداً ويخصص المبلغ المودع لتنفيذ الوصية، فاذا مات الموصى له قبل نفاذ المبلغ المودع رد الباقي لورثة الموصي ويزول كل حق للموصى له في التركة بالإيداع والتخصيص».

الحرية في الاستيلاء على العين والتصرف فيها بكافة أنواع التصرفات المشروعة ، وانتقل حق الموصى له إلى المبلغ المودع يأخذ منه مرتبة كل شهر أو كل سنة ، ولا يكون له بعد ذلك أي حق على التركة حتى ولو هلك المال المودع لا يملك الرجوع على الورثة،ويلاحظ أن حقه متعلق بنفس هذا المال ليستوفي منه مرتبة ، وليس له حق في نمائة لو فرضنا حصوله بسبب من الأسباب وإنما يكون النماء للورثة .

فإذا مات الموصي له قبل انتهاء مدة الوصية فان الباقي من الأموال المودعة لتنفيذها يكون لورثة الموصى إلا إذا كانت المرتبات موصى بها لآخر من بعده فانها تنتقل في هذه الحالة للموصى له الثاني .

كما يلاحظ أيضاً أن المبلغ الذي يقدمه الورثة هو مجموع المرتبات الموصى بها في حدود ثلث التركة .

الباب الثالث
في
حكم الوصية ومبطلاتها

وفيه فصلان

الفصل الأول
في حكم الوصية

وفيه مبحثان.

أولهما في بيان مدلول الحكم، وآراء الفقهاء في وصفها الشرعي، وثانيهما: في وصية القانون.

المبحث الأول

تتجه إرادة الشارع إلى ما يصدر من تصرفات قبل وقوعها فيطلب منه فعلها أو تركها، وهذا الطلب يكسبها صفة لم تكن موجودة من قبل، فإذا ما فعلها فقد تأتي موافقة للطلب، وقد تكون مخالفة له، فتنشأ لها صفات أخرى.

وفي كلتا الحالتين يرتب الشارع عليها ما يلائمها من النتائج والآثار.

هذه الصفات وتلك الآثار سماها الشرعيون أحكاماً، فتراهم يطلقون لفظ الحكم مرة ويريدون منه ما للتصرف من صفات باعتبار طلب الشارع له

فيقولون: هذا الفعل واجب وذاك حرام أو مكروه.

وأخرى يريدون بها ماله من صفات جاءت نتيجة موافقته للطلب أو عدم موافقته، كقولهم هذا تصرف صحيح وذاك باطل، أو جاء نتيجة ما للتصرف المشروع من قوة تقتضي ترتب آثاره عليه في الحال أو لا نقتضي ذلك، فيقال: هذا عقد نافذ وذاك موقوف، أو ماله من قوة ملزمة لكلا الطرفين أو لأحدهما أو غير ملزمة لواحد منهما، فيقال: هذا تصرف لازم أو غير لازم.

وثالثة يقصدون بها ما للتصرف من آثار تترتب عليه شرعاً. كقولهم حكم الوصية أنها تفيد الملك بعد وفاة الموصي وقبول الموصى له.

ومن هنا كان للفظ الحكم إطلاقات ثلاثة باعتبارات مختلفة.

الأول: يطلق ويراد به صفة فعل المكلف التي يظهر أثرها في الثواب والعقاب، ويسمى حكماً تكليفياً، والفعل يتنوع باعتباره إلى أنواع: فرض وواجب وسنة ومندوب وحرام ومكروه.

الثاني: يراد به صفة فعل المكلف التي يظهر أثرها في اعتباره فيصلح لترتب النتائج عليه أولا، وكونه ملزماً لصاحبه أو غير ملزم له، ويسمى حكماً وضعياً على الرأي الراجح، والفعل يتنوع باعتباره إلى صحيح وغير صحيح، ونافذ وموقوف، ولازم وغير لازم.

وثالثة يقصدون بها ما للتصرف من آثار تترتب عليه شرعاً. كقولهم حكم الوصية أنها تفيد الملك بعد وفاة الموصى له.

ومن هنا كان للفظ الحكم إطلاقات ثلاثة باعتبارات مختلفة.

الأول: يطلق ويراد به صفة فعل المكلف التي يظهر أثرها في الثواب والعقاب ويسمى حكماً تكليفياً، والفعل يتنوع باعتباره إلى أنواع: فرض

وواجب وسنة ومندوب وحرام ومكروه.

الثاني: يراد به صفة فعل المكلف التي يظهر أثرها في اعتباره فيصلح لترتب النتائج عليه أولا، وكونه ملزماً لصاحبه أو غير ملزم له، ويسمى حكماً وضعياً على الرأي الراجح، والفعل يتنوع باعتباره إلى صحيح وغير صحيح، ونافذ وموقوف، ولأزم وغير لازم.

والثالث: يراد به الأثر المترتب على التصرف باعتبار ما تحقق له من صفات

وحكم الوصية بهذا المعنى الأخير هو ثبوت الحق للموصى له في الموصى به متى تمت الوصية، وتمامها يكون بأحد أمرين.

إما بقبول الموصى له الوصية، أو من يقوم مقامه في ذلك إن كان القبول شرطاً فيها، وإما بمجرد موت الموصى إذا لم يكن القبول شرطاً، كما في الوصية لمن لا يحصون، والوصية للجهات التي ليس لها من يمثلها قانوناً، والوصية التي أوجبها القانون.

وهذا الحق أعم من أن يكون ملكاً إن كان الموصى له أهلا للتمليك والموصى به مما يملك، أو غير ملك، كما إذا كانت الوصية لجهة من الجهات التي لا يتصور منها تملك: كالمساجد والمصحات.

فإذا كان الموصى به مالاً، والموصى له أهل للتملك، وقبل الوصية بعد وفاة الموصي، ولم يوجد مانع يمنع من نفاذ الوصية فإنه يملك ذلك المال ملكاً تاماً يثبت له فيه كافة خصائص الملكية التامة، ولا يتوقف ملكه على القبض، لأن الوصية ليست هبة من كل وجه حتى يتوقف الملك فيها على القبض، وإذا مات يورث عنه كسائر أملاكه.

وإذا كانت الوصية لمن لا يحصون فان الملك يتوقف على قبض كل واحد،

لأن القبول متعذر من الجميع ولا ينوب واحد منهم عن باقيهم.

وإذا كان الموصى به منفعة فانه يترتب على الوصية ـ بعد تمامها مستوفية لسائر شروطها ـ الملك للموصى له. وهو ملك ناقص له أن يستوفيه على الوجه الوارد في الوصية طول المدة المحددة لها، سواء أكانت سنوات معدودة أم مدة حياة الموصى له، ولا يملك أحد من الورثة أو من غيرهم منع هذا الاستيفاء، فإذا انتهت المدة عادت إلى ملك الورثة فيكمل ملكهم.

وإذا كانت الوصية باقراض مبلغ معين ثبت ذلك الحق للموصى له متى تمت الوصية، وكان له أن يتصرف في هذا المبلغ مع وجوب رده بعد المدة المحددة لهذا الإقراض.

وهكذا في كل نوع من أنواع الوصية يترتب عليه ما يناسبه من الآثار كما سبق تفصيله.

أما حكمها بالمعنى الثاني: وهو وصفها الشرعي الذي يكون له أثر في اعتبارها وعدم اعتبارها، فهو أنها تكون صحيحة وغير صحيحة، ونافذة وغير نافذة، ولازمة وغير لازمة حسب اختلاف الأحوال:

فإذا استوفت شرائط صحتها كانت صحيحة صالحة لترتب الآثار عليها ما لم يمنع مانع من ذلك، وإذا فقدت شرطاً من تلك الشرائط كانت غير صحيحة لا تصلح لترتب شيء من الآثار عليها، فوصية المجنون والصبي غير المميز باطلة في نظر الفقه والقانون، ووصية الصبي المميز صحيحة في نظر بعض الفقهاء باطلة في نظر البعض الآخر والقانون، ووصية السفيه صحيحة في نظر الفقهاء باطلة في نظر القانون إذا لم تأذن بها المحكمة المختصة، ووصية المسلم للكنائس باطلة في نظر الفقه والقانون، ووصيته لفقراء غير المسلمين صحيحة شرعاً وقانوناً، ووصية غير المسلم للمساجد باطلة في نظر بعض الفقهاء صحيحة عند

فريق آخر منهم وفي نظر القانون.

والوصية الصحيحة إذا استوفت شرائط النفاذ كانت نافذة، وان فقد واحداً منها كانت موقوفة على إجازة صاحب الحق المتعلق بمحلها.

فوصية المدين بدين مستغرق غير نافذة في نظر الفقه والقانون، والوصية للوارث غير صحيحة في نظر بعض الفقهاء، وصحيحة غير نافذة في نظر البعض الآخر، وصحيحة نافذة في نظر فريق ثالث والقانون.

ثم إن الوصية الصحيحة النافذة إذا كانت اختيارية ولو كانت بواجب عليه لله أو للعباد لا تكون لازمة في حق الموصي ما دام حياً، فيجوز له الرجوع عنها في أي وقت شاء، وتكون لازمة له ولورثته بعد وفاته إذا مات مصراً عليها، وغير لازمة في حق الموصى له إلا إذا قبلها. فله مطلق الخيار في ردها أو قبولها.

والوصية التي أوجبها القانون تكون لازمة بمجرد صدورها منه لا يجوز له الرجوع عنها، بل إنها لازمة بحكم القانون ولو لم ينشئها الشخص في حياته.

وأما حكمها بالمعنى الأول: ـ وهو الحكم التكليفي ـ فقد اتفق[1] الفقهاء على أنها كانت في مبدأ أمرها واجبة للوالدين والأقربين بقوله تعالى: «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين... الآيات.

ثم نسخ ذلك الوجوب في حق الوارث بعد تشريع الميراث، وبيان نصيب

---

(١) حكي أبو حيان في تفسيره البحر المحيط قولاً ـ لم يعين قائله ـ بأن الوصية للقريب الوارث لم تنسخ بل تجب له مع الميراث. وعبارته (واختلفوا فقال قوم الآية محكمة والوصية للوالدين والأقربين واجبة ويجمع للوارث بين الوصية والميراث بحكم (الآيتين) وهذا القول غير صحيح لمنافاته لحديث (إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث). ولعل هذا الحديث لم يبلغ أصحاب هذا الرأي.

كل وارث، كما اتفقوا على وجوبها بما عليه من حقوق لله تعالى. كزكاة لم يؤذها أو كفارة أو فدية صوم، وما شابه ذلك، أو حقوق للعباد ليس عليها دليل يثبتها من وثيقة أو شهادة. كدين أو وديعة.

وإنما وجبت الوصية في هذه الحالة لأن أداء الحقوق واجب عليه، وقد تعينت الوصية طريقاً له.

واختلفوا في وجوبها في غير هذا الموضع على رأيين:

الأول: أنها ليست واجبة، بل هي مستحبة رغب الشارع فيها ليبر بها الإنسان قريباً، أو يعين بها محتاجاً، وهو قول جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة «أبو حنيفة ومالك الشافعي وأحمد» وقال القرطبي في تفسيره. إنه قول أكثر العلماء

ولقد بالغ بعضهم وحكي الإجماع عليه، ولكن دعوى الإجماع غير صحيحة كما سيأتي في القول الثاني.

ومع أن الأصل فيها ذلك عندهم إلا أنه قد يعرض لها عارض فيسلبها هذا الاستحباب ويسمها بسمة أخرى من التحريم أو الكراهة أو غيرهما، لأن الوصية تصرف له غاية تبعث عليه فيختلف حكمها تبعاً لاختلاف الغاية،فقد يكون الباعث عليها شراً، وقد يكون خيراً، وقد يتجاوز بها الموصي حدود الدائرة المشروعة فيها.

فإذا وقعت موقع الصدقة ولم يصاحبها مخالفة شرعية، كما إذا أوصى بثلث ماله للفقراء والمساكين، أو لجهة من جهات البر، كالمصحات والملاجىء مثلاً تكون مستحبة.

وإذا لم تقع موقع الصدقة بأن كانت لغني مثلاً، ولم يصاحبها ما هو منهي عنه شرعاً تكون مباحة، فعلها وعدمه سواء.

وتكون حراماً إذا كانت بمعصية، كما إذا أوصى بمال يقام به حفلات ماجنة،أو يعطي للناتجات لينحن عليه، أو لأندية اللهو المحرم، أو كان الفعل في ذاته ليس محرماً ولكن الباعث عليه محرم، كما إذا أوصى بقصد الإضرار بالورثة حتى ولو كان الموصى به في حدود الثلث، أو أوصى لخليلته لتبقى معه على الحالة المحرمة، أو أوصى لفاسق ليستعين بها على الفسق.

وقد تكون مكروهة. كما إذا أوصى لفاسق وليس من غرضه أن يستعين بهذا المال على الفسق، فإن نفس الوصية مباحة لكن لما كان يحتمل أن يستعين الفاسق بها على فسقه كانت مكروهة لهذا. وكما إذا أوصى لأجنبي وماله قليل وورثته كثيرون من غير قصد الإضرار، فإن إغناء ورثته خير من إعطاء الأجنبي.

الرأي الثاني: أن وجوبها لا يزال باقياً، وهو ما ذهب إليه جماعة من فقهاء التابعين والأئمة من بعدهم. منهم سعيد بن المسيب، والحسن البصري، وطاوس وعطاء، والزهري، ومسروق وقتادة، وإياس، وأبو مجلز، وحكاة البيهقي عن الشافعي في القديم، كما حكى عن الإمام أحمد، وهو قول إسحاق وداود الظاهري وابن جرير، وأبو عوانة الأسفراييني وغيرهم[1] وأخيراً قال به ابن حزم الظاهري وأصحاب هذا الرأي مع اتفاقهم على وجوبها مختلفون فيمن تجب له، فمنهم من لم يعين الموصى له، ومنهم من يرى وجوبها للوالدين والأقربين غير الوارثين، ومنهم من يرى أنها واجبة عموماً ولهؤلاء خصوصاً[2].

---

(١) راجع تفسير القرطبي جـ ٢ ص٢٤، وما بعدها، وتفسير البحر المحيط جـ ٢ ص ١٧، والمغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٢، والمحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣١٤ وما بعدها، ونيل الأوطار للشوكاني جـ ٦ ص ٢٩. فكل واحد من هؤلاء حكاه عن جماعة.

(٢) وفائدة هذا الخلاف تظهر فيما إذا لم يكن له قريب غير وارث فإن من أوجبها مطلقاً يحتم عليه الإيصاء لأجنبي، ومن قصر الوجوب على الأقرباء يقول بسقوط الوجوب عنه. ومن قال بوجوبها عليه عموماً وخصوصاً يقول بعدم سقوط الوجوب عنه في هذه الحالة، إلا أنه في حالة وجود القريب يقدم على غيره.

وتفصيل هذا الخلاف لا يعنينا هنا، وإنما الذي نريد أن ننبه عليه هو أن الشخص إذا ترك الإيصاء الواجب عليه فهل يجب على غيره أن يقوم به، أو أنه لا يجب على أحد من بعده ويكون آثماً على تركه هذا الواجب؟.

هنا نجد ابن حزم الظاهري، يذهب إلى أن هذا الواجب لا يسقط بتركه بل يجب على ورثته أو الوصي أن يعطي لمن وجبت لهم الوصية شيئاً غير محدد بمقدار، لأن أصل الوصية ليس له مقدار محدد، فقد كان واجباً على صاحب المال أن يوصي لهم بما تطيب به نفسه، فكذلك من ينوب منابه، ويرى مع هذا أنه لا يجب عليه الإيصاء لجميع أقاربه غير الوارثين، بل يجب عليه أن يوصي لوالديه، وأما أقاربه فيجزئه أن يوصي لثلاثة منهم[1]. وإلى هذا الرأي استند قانون الوصية في تشريع الوصية الواجبة كما سنبين ذلك فيما بعد.

والخلاف في وجوب الوصية يرجع إلى الخلاف في بقاء الوجوب المستفاد من آية الوصية أو نسخه، وإلى وجود بعض أحاديث تفيد بظاهرها وجوب الوصية.

فالقائلون بالوجوب استدلوا.

أولاً: بما رواه الجماعة عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال « ما حق امرىء مسلم يبيت ليلتين وله شيء يريد أن يوصي فيه إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه ».

---

(١) يقول ابن حزم في المحلى جـ ٩ ص ٣١٤ « وفرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون إما لكفر وإما لأن هناك من يحجبهم عن الميراث. أو لأنهم لا يرثون فيوصى لهم بما طابت به نفسه لأحد في ذلك، فإن لم يفعل أعطوا ولا بد ما رآه الورثة أو الوصي، فإن كان والداه أو أحدهما على الكفر أو مملوكاً ففرض عليه أيضاً أن يوصي لهما أو لأحدهما، فإن لم يفعل أعطي أو أعطيا من المال ولا بد ثم يوصي فيما شاء بعد ذلك، فإن أوصي لثلاثة من أقاربه المذكورين أجزأه ».

فهذا الحديث يدل بظاهره على أن الوصية واجبة يجب المبادرة إلى فعلها، ومما يؤيد ذلك أنه ورد في بعض الروايات أن عبد الله بن عمر راوي الحديث، قال: ما مرت علي ليلة منذ سمعت رسول الله قال ذلك إلا وعندي وصيتي.

ويجاب عن هذا الدليل. بأنه لا يدل على وجوب الوصية، لأنها لو كانت واجبة لم يجعلها إلى إرادة الموصي، ولكان ذلك لازماً على كل حال، وإنما الغرض من الحديث هو الحث على المبادرة بكتابة الوصية، لأن معناه ليس من الحزم والرأي السديد أن يمر على الإنسان زمن يملك فيه مالا يوصي به ولا يكتب وصيته.

ولو سلم أنه أريد به بيان الوجوب فمحله من كان عليه حق لا يستطيع أداءه ويخاف ضياعه على أصحابه، وكذلك من له حقوق عند الناس يخاف تلفها على الورثة فهذه وتلك يجب عليه الوصية بها ولا خلاف فيه.

ثانياً: بآية الوصية فإن التشريع فيها ورد بلفظ كتب وهو يفيد الفرضية وتأكد ذلك بقوله حقاً على المتقين[1] ».

وأما أصحاب الرأي الأول الذاهبون إلى عدم الوجوب فيقولون: إن الآية كانت توجب الوصية أولاً للوالدين والأقربين. ثم نسخ ذلك الوجوب بآيات

---

(١) والمستدلون بالآية مع اتفاقهم على بقاء دلالتها على وجوب الوصية مختلفون في حكمها الأول. هل بقي كما هو أم طرأ عليه نسخ في بعض صوره؟ فمنهم من يرى أن الآية طرأ عليها نسخ جزئي، لأنها عامة بلفظها ومعناها « وكانت شاملة للوالدين والأقربين وارثين أو غير وارثين، ثم نسخ منها وجوب الوصية للوارثين منهم بآيات المواريث وبقي في حق من لا يرث. فهي من قبيل العام المخصوص عندهم، ومنهم من يرى أنه لم يطرأ عليها نسخ أصلاً، لأنها وإن كانت عامة بلفظها إلا أنه أريد بها من أول الأمر غير الوارثين من هؤلاء، فهي من قبيل العام الذي أريد به الخصوص. لكن الرأي الأول أقرب إلى الصواب من الثاني لأنه يتفق مع حديث « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث » الذي يشير الى أن الوصية كانت واجبة له.

المواريث أو بحديث « ألا لا وصية لوارث » . ولو كانت الوصية واجبة لبينها رسول الله ﷺ ، ولا يعقل أن يترك أمراً كهذا من غير بيان .

ولقد توفي كثير من الصحابة من غير إيصاء . ولو كانت واجبة ما تركوها ولبادروا إلى فعلها وبيانها .

وأنت ترى أن هذا الرأي يعتمد أولاً وقبل كل شيء على دعوى نسخ آية الوصية ، وهذه الدعوى ليس من السهل تسليمها كما قلنا عند الكلام على مشروعية الوصية للوارث،لأن النسخ لا يلجأ إليه إلا عند معرفة التاريخ وتعذر الجمع بين الدليلين ، وهنا الجمع ممكن بين آية الوصية وآيات المواريث ـ على فرض القطع بتقدم آية الوصية في النزول ـ لأن آية الوصية وإن كانت عامة لمن يورث ومن لا يرث فإن آيات المواريث والحديث لا تعارضها إلا في الوصية للورثة فقط .

فيكون وجوب الوصية منسوخاً في حقهم وباقياً في حق غير الوارثين ، وإن كانت خاصة بغير الوارثين من أول الأمر ـ كما قيل ـ فلا تعارض ولا نسخ أصلاً .

على أنه جاء في سياق الآيات المبينة للمواريث الأمر باعطاء غير الورثة من الأقربين ما يطيب خاطرهم في قوله تعالى ، وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولاً معروفاً[1] » النساء ـ ٨ .

وقولهم: إن رسول الله لم يبينها غير مسلم، لأن القرآن أوجب الوصية

---

(١) جاء في تفسير القرطبي جـ ٤ ص ٤٨ وما بعدها بيان لأقوال العلماء في هذه الآية وخلافهم فيها . هل هي منسوخة أو بقي حكمها ؟ وإذا كان حكمها باقياً . هل العطاء فيها فرض أو مندوب إليه ؟ وحكي عن بعض العلماء القول بأن هذا العطاء فرض: والخطاب للورثة أو لمن يقسم التركة ، أمروا بأن يعطوا أولى قرباهم ويتاماهم ومساكينهم شيئاً حسبما تسمح به التركة مع قول معروف ، كأن يقول للمعطى له: بورك لك هذا المال أو ما شابه ذلك ،

للوالدين والأقربين، فلما نزلت آيات المواريث قال الرسول « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث » ولو كان وجوب الوصية نسخ بالكلية لنفى الرسول الوصية مطلقاً من غير تقييد بكونها للوارث[1].

ولقد روى القول بوجوب الوصية عن ابن عباس في إحدى الروايتين عنه، كما أنه روى عن ابن مسعود بيان لمن تجب له الوصية فقال: إن الوصية تجب للقريب غير الوارث، الأفقر فالذي يليه.

فإذا صح النقل ينقض قولهم: إنه لم يؤثر عن أحد من الصحابة بيان لوجوبها، وإن لم يصح فمبلغ علمنا عنهم أننا لم نقف على ما فعلوه فيها، وهو لا يصح سنداً لنفي الوجوب، والمسألة اجتهادية اختلفت الأنظار فيها، وكتاب الله قائم يتلى فيه حكم الوصية.

وبعد هذا نرى أن القول ببقاء وجوب الوصية للقريب غير الوارث هو أوجه الرأيين وأوضحها دليلاً.

---

(1) يقول صاحب تتمة الروض النضير في ص ٩٠٩ ما ملخصه. إن آية الوصية خاصة بالورثة. وأنها كانت توجب الوصية لهم فقط، ثم نسخ ذلك بآيات المواريث بناء على أنها جاءت بلفظ الأقربين وهم الورثة لأنهم الذين يصدق عليهم ذلك، وأما غير الوارث فهو قريب لا أقرب، فالآية غير شاملة لهم، وخلص من ذلك إلى أن الوصية لا تجب للأقرباء غير الوارثين لكنهم أولى بالإيصاء من غيرهم.

ونحن نرى أن هذا الكلام غير مسلم، لأنه يجعل دلالة الألفاظ اللغوية على معانيها تابعة للأحكام الشرعية، فإذا كان الشخص وارثاً بالفعل عد من الأقربين، وإذا حجب عنه خرج منهم، وهذا غير سائغ لغة، على أنه يلزم عليه أن يكون الأخ مثلاً من الأقربين مرة، وليس منهم مرة أخرى مع أنه في كلا الحالتين يتصل نسبه بأخيه بواسطة الأب، ثم إننا لو سلمنا ذلك في غير الوالدين فلا نستطيع تسليمه فيهما لأنه ليس في الآية لفظ يشير إلى أن الوصية لما كانت واجبة في حالة واحدة فالمنطق السليم يقضي ببقاء الآية على مدلولها اللغوي وهو شمولها للوارث وغيره ثم نسخ الوجوب في حق الوارث وبقي في حق غيره.

المبحث الثاني
في
وصية القانون

تلك مذاهب الفقهاء في الوصية ووجوبها، ومنها عرفنا أنه لم يكن قبل صدور قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ وصية واجبة على شخص في ماله يطالب بها قضاء، وتنفذ في تركته وإن لم تصدر منه، بل كان وجوبها بما عليه من حقوق أمر ديني بينه وبين ربه، وإن وصي بها خرج عن العهدة، وإن تركها أثم لهذا الترك، ولم يكن للقانون سلطان عليه في ذلك.

ولكن قانون الوصية أوجب منها نوعاً جديداً في وضعه ومقوماته، فأوجب الوصية لصنف من الأقربين الذين حرموا من الميراث لوجود من يحجبهم عنه، أوجبها بمقدار معين، وبشروط خاصة، فجعل للحفدة على جدهم أو جدتهم في حالة معينة وصية تستمد قوتها من القانون لا تحتاج إلى إنشاء من أحد، فإذا فعلها الشخص على الوضع الذي رسم فيه نفذت كما هي، وإن تركها كانت واجبة بحكم القانون، وإن صدرت منه على وضع آخر تدخل القانون لتعديلها كما أراد.

هذه الوصية بوضعها الجديد لم يوجد لها نظير من كل وجه في كلام الفقهاء ولكن واضعي القانون حاولوا أن يجعلوا لها سنداً ملفقاً من مذاهب الفقهاء وبعض القواعد الشرعية.

جاءت أحكام هذه الوصية في المواد[1] ـ ٧٦، ٧٧، ٧٨.

---

(١) ونصها مادة ٧٦ ـ « إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكماً بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً في تركته لو كان حياً عند موته وجبت للفرع في التركة =

وتفصيل الكلام على هذه الوصية يحتاج إلى بيان الأمور الآتية:

١ ـ من تجب له هذه الوصية

٢ ـ شروط إيجابها.

٣ ـ مقدارها.

٤ ـ حقيقة هذه الوصية.

٥ ـ طريقة استخراجها مع شرحها بالأمثلة.

٦ ـ سندها الفقهي.

من تجب له هذه الوصية:

تجب الوصية في تركة الشخص لفرع[1] من مات من ولده في حياته حقيقة

= وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث، وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض عن طريق تصرف آخر قدر ما يجب له، وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله.

وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات. ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا على أن يحجب كل أصل فروعه دون فرع غيره. وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلى بهم إلى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتباً

مادة ٧٧ ـ إذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية، وإن أوصى له بأقل من نصيبه وجب ما يكمله.

وإن أوصي لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه. ويؤخذ نصيب من لم يوص له ويوفي نصيب من أوصى له بأقل مما وجب من باقي الثلث، فإن ضاق عن ذلك فمنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية.

مادة ٧٨ ـ الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا.

فإذا لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصية وأوصي لغيرهم إستحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقي ثلث التركة إن وفي وإلا فمنه ومما أوصى به لغيرهم.

(١) هذا الفرع يشمل المولود وقت وفاة صاحب التركة والحمل إذا كان موجوداً وقت الوفاة بالشروط التي بيناها من قبل، فلو مات وكان لابنه المتوفي زوجة حامل ثم ولد ذلك الحمل قبل مضي سنة من وفاة أبيه استحق الوصية الواجبة بشرط أن يولد حياً حياة مستقرة.

أو حكماً، أو مات معه في وقت واحد ولا يدري أيها سبقت إليه المنية، فهذه صور ثلاث تجب فيها الوصية متى توفرت شروطها.

الأولى: إذا مات الشخص موتاً حقيقياً ذكراً أو أنثى في حياة أصله «أبيه أو أمه» وترك أولاداً فإنهم يستحقون وصية في تركة جدهم أو جدتهم.

الثانية: إذا مات الشخص موتاً حكمياً. كالمفقود الذي غاب أربع سنوات فأكثر في حالة يظن فيها الهلاك: كحالة الحرب، أو كان في بلده وباء عام ثم حكم القاضي بموته في حياة أبيه أو أمه ولو لم يكن مات حقيقة، فإن أولاد المفقود تجب لهم الوصية باعتبار أنهم أولاد شخص مات بحكم القضاء في حياة أصله ولا إرث له من ذلك الأصل[1].

وذلك لأن المفقود بعد حكم القاضي بموته يعتبر ميتاً من وقت الحكم بالنسبة لتركته فيستحقها ورثته الموجودون وقت الحكم، ومن مات منهم قبل الحكم لا يستحق شيئاً.

ويعتبر ميتاً من حين فقده بالنسبة لإرثه هو من غيره، لأن من شروط الإرث أن يكون الوارث حياً حياة محققة وقت وفاة المورث، وحياة المفقود من حين فقده إلى وقت حكم القاضي بموته مشكوك فيها فلا يحكم بإرثه من شخص مات في هذه الفترة.

فيتحقق شرط استحقاق أولاده للوصية الواجبة.

---

(١) فإذا أخذ أولاد المفقود الوصية الواجبة ثم ظهر أنه حي فإنه يرث ويأخذ نصيبه من التركة وحينئذ تبطل الوصية الواجبة، لأنها خلف وعوض عن ميراث أصلهم، فإذا وجد الأصل لم يكن للخلف محل، ولكن يؤخذ منهم ما بقي في أيديهم ولا نضمنهم لما استهلكوه أو تصرفوا فيه لأنهم تصرفوا بناء على أنهم أصحاب ملك فلا تعدى منهم، وإذا انتفى التعدي انتفى الضمان.

الثالثة: إذا مات الشخص مع أصله في وقت واحد كما إذا غرقا معاً أو هدم عليهما بيت فماتا، أو احترقا بنار في آن واحد، أو ماتا في ساحة القتال ولم يعلم السابق منهما بأي دليل، وما شابه ذلك من الأسباب.

وإنما وجبت الوصية في هذه الحالة لانتفاء الإرث فيها بين المتوفين، والوصية تجب حيث لا يرث الشخص أصله.

وهذه الوصية تجب وإن لم ينشئها الشخص الذي وجبت عليه لأنها واجبة بحكم القانون - كما قلنا - ومما تجب ملاحظته هنا الأمور الآتية.

الأول: أن ذلك الفرع إذا كان من أبناء البطون استحقها إذا كان من الطبقة الأولى، وإذا كان من أبناء الظهور استحقها مهما نزل ما دام من أبناء الظهور.

وأولاد البطون هم من ينتسبون إلى الميت بأنثى كولد البنت، وولد بنت الإبن، وأولاد الظهور هم الذين لا ينتسبون إلى الميت بأنثى. كولد الابن، وولد ابن الإبن وإن نزل.

فإذا كان المتوفى في حياة أصله «أبيه أو أمه» - أنثى كانت الوصية لأولادها فقط دون أولاد أولادها، وإن كان ذكراً استحق فروعه الوصية من غير تقييد بطبقة، ما داموا من أولاد الظهور كأولاده، وأولاد أبنائه، وأولاد أبناء أبنائه وهكذا.

أما أولاد بنات الابن فليسوا من أبناء الظهور فلا يستحقون وصية واجبة فلو أن صاحب التركة كان له ولدان - أحمد وإبراهيم، ولإبراهيم ولد وبنت «محمود وزينب» أنجب كل منهما أولاداً.

فإذا مات إبراهيم وولداه محمود وزينب في حياة أبيه فإن أولاد ولدي إبراهيم لا يرثون لكون بعضهم محجوباً بمن هو أقرب منه، والبعض الآخر من

ذوي الأرحام، وتكون الوصية الواجبة لأولاد محمود لأنهم من أولاد الظهور دون أولاد زينب لأنهم من أبناء البطون.

الثاني: أن الوصية الواجبة إذا كانت لأكثر من واحد من الفروع قسمت **بينهم حسب تقسيم الميراث للذكر مثل حظ الانثيين، لأن القانون جعلها عوضاً لهم عما كانوا يستحقونه من ميراث أصلهم الذي فاتهم بسب موته قبل صاحب التركة.**

هذا إذا كانوا كلهم من أصل واحد. كأولاد ابن واحد مثلاً، فإن تعددت أصولهم. بأن كانوا أولاد ابنين، أو أولاد ابن وبنت، قسمت أولاً قسمة الميراث بين تلك الأصول، ثم يعطي لكل فرع ما كان يستحقه أصله إن كان واحداً، وإلا قسم بينهم قسمة الميراث.

فإذا كان لصاحب التركة ابنان وبنت. ماتت البنت وأحد أخويها في حياة أبيها وترك كل منهما أولاداً، فإن الوصية تكون لأولادهما تقسم أولاً أثلاثاً بحسب الأصل. للبنت ثلثها وللابن باقيها، فما كان من حظ البنت قسم بين أولادها قسمة الميراث، وما كان من حظ الابن قسم بين أولاده كذلك.

الثالث: إذا تعددت الفروع ـ بتعدد أصولها ـ واختلفت قرباً وبعداً من صاحب التركة، فإن الأقرب يحجب الأبعد إذا كان فرعاً له، ولا يحجب فرع غيره، **لأن الوصية تجب لمستحقها في الطبقة الأولى ثم تنتقل منه إلى أولاده ما داموا أهلاً لها.**

فلو أن المتوفي ترك من فروعه ابن ابن، وبنت ابن ابن آخر، وكان لابن الإبن بنت فإنه يحجب بنته فقط، لأنها لا تستحق مع وجوده، ولا يحجب بنت ابن عمه لأنها من فرع آخر، بل تأخذ نصيباً مساوياً له، لأن مقدار الوصية يقسم أولا على ابني صاحب التركة، ثم يعطى ما يخص كلا منهما حسب الميراث

لأولاده المستحقين في الوصية ، كما لو كانت أصولهم التي ينتسبون بهم إلى الميت ماتوا مرتين .

٢ ـ شروط إيجاب هذه الوصية:

قيد القانون وجوب هذه الوصية بشرطين صرحت بهما المادة ـ ٧٦ ـ

أولهما: ألا يكون ذلك الفرع وارثاً من صاحب التركة، لأن الوصية وجبت عوضاً له عما كان يستحقه من ميراث أصله لو بقي حياً، فإذا كان وارثاً ولو مقداراً قليلاً لا تجب له هذه الوصية . كما إذا مات الرجل عن زوجة، وبنت وبنت ابن توفي في حياة أبيه، فإن بنت الأبن تأخذ السدس فرضاً مع البنت تكملة للثلثين، ثم تشاركها في الباقي بطريق الرد .

وكما إذا مات وترك بنتين . وبنت ابن، وابن ابن ابن فإنهما يأخذان ما بقي بعد نصيب البنتين تعصيباً للذكر مثل حظ الأنثيين .

ولو كان في المسألة السابقة أب وأم استحقت بنت الابن، وابن ابن الأبن وصية واجبة لانتفاء إرثهما في هذه الحالة، لأن الفروض استغرقت كل التركة ثلثان للبنتين، وسدس للأب، وسدس للأم، فلم يبق شيء لمن يرث بالتعصيب .

ثانيهما: ألا يكون المتوفي قد أعطي ذلك الفرع بغير عوض ما يساوي مقدار الوصية الواجبة . كأن يهب له بدون عوض، أو يبيعه بيعاً صورياً بلا ثمن مقدار ما يستحقه بالوصية .

فإن فعل ذلك لم تجب له وصية في تركة المتوفي، وإن كان وهبه أقل مما يستحق بالوصية وجب في تركته ما يكمل له ذلك النصيب، وإذا وهب للبعض دون البعض الآخر وجب لمن لم يهب له وصية بمقدار ما أوجبه القانون له .

وليلاحظ هنا أن القتل العمد العدوان بشروطه السابقة مانع للوصية مطلقاً

إختيارية كانت أو واجبة كما يمنع الميراث، فهو يبطلها إذا حدث بعدها، وتبطل به إذا تقدم سببه عليها.

فإذا أوصى الجد لفرع ولده الذي مات قبله، ثم قتل الموصى له جده بطلت الوصية، وإذا أوصى له بعد أن ضربه ضربة قاتلة لم يمت بها حين الضرب، ولكنه مات بسببها فيما بعد فان الوصية تبطل أيضاً، وإذا لم يوص له بشيء وقتله فانه لا يستحق من تركته شيئاً لا بالإرث ولا بالوصية التي أوجبها القانون ـ كما جاء بالمادة ـ ١٧ ـ[1].

١ ـ مقدار الوصية الواجبة:

إن القانون الذي أوجب هذه الوصية. وجعلها عوضاً عما كانوا يستحقونه بالإرث عن أصلهم لو لم يمت قبل مورثه قدر لها قدراً معلوماً حتى لا تكون مثار نزاع بين هؤلاء وبين الورثة الآخرين، فقدرها بما كان يستحقه أصلهم ميراثاً ـ لو أنه تأخر موته بشرط أن يكون في حدود ثلث التركة، وفي تقديره هذا إشارة إلى أنها ليست ميراثاً خالصاً، لأن الشارع حرمهم منه، وإنما هي وصية وجبت عوضاً عن الميراث الذي فاتهم.

فإذا أوصى صاحب التركة قبل موته بمثل نصيب فرعه المتوفي قبله لأولاده وكان مساوياً لثلث التركة نفذت الوصية من غير توقف، وإن كان أقل منه نفذ كما هو، لأن القانون جعله الواجب الأصلي، وإن كان أكثر من الثلث كان وصية واجبة في مقدار الثلث تنفذ من غير توقف، وفيما زاد تكون وصية اختيارية تأخذ أحكامها. إن أجازها الورثة نفذت، وإن ردوها بطلت، وإن أجازها البعض وردها الآخرون نفذت في حق من أجاز فقط.

---

(١) ففي مطلعها «يمنع إستحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصي أو المورث عامداً الخ.

وإذا لم يوص لهم بشيء وجب لهم مثل نصيب أصلهم ما دام في حدود الثلث بأن كان مساوياً له أو أقل منه ،فان كان أكثر منه وجب لهم مقدار الثلث فقط ، ولا حق لهم فيما زاد مطلقاً ، لأن الفرض أن صاحب التركة لم ينشيء وصية ، فما قيل من أن القدر الزائد على الثلث في هذه الحالة يكون موقوفاً على إجازة الورثة لا وجه له.

هذا الحكم يطبق أيضاً فيما إذا أوصى لبعض المستحقين وترك البعض الآخر فإنه يعطي لمن تركه نصيبه في الوصية كاملاً من باقي الثلث إن كان يتسع لذلك ،وإن لم يكن باقي الثلث كافياً كمل له نصيبه مما أوصى به لغيره.

فإذا كان للشخص ثلاثة أبناء مات أحدهم في حياته وترك بنتين فأوصى الواحدة منهما بثلاثين فداناً ، ولما مات وجدت تركته ١٥٠ فداناً :

ففي هذه الصورة تجد مقدار الوصية الواجبة مساوياً لثلث التركة فيجب في هذا المقدار ، وحيث إن صاحب التركة أوصى لإحدى البنتين بأكثر مما تستحقه فإن الثانية تأخذ ما بقي من الثلث وهو عشرون فداناً ، ولما كان أقل مما تستحقه يكمل لها من نصيب أختها فتأخذ منها خمسة أفدنة ، ومن أوصى لها بثلاثين تنفذ وصيتها في خمس وعشرين ، وتتوقف في الخمسة الباقية على إجازة الورثة ، لأنها تعتبر وصية اختيارية فيما زاد على الثلث.

ولو أوصى لكل مستحق بأقل من نصيبه كملت الأنصباء من باقي الثلث.

ففي المثال السابق ، لو أوصى لكل بنت بخمسة عشر فداناً وجب لكل منهما عشرة أفدنة ليكمل النصاب.

ولو أوصى لكل واحدة بثلاثين فداناً نفذت الوصية لكل واحدة في خمسة وعشرين فداناً ، وتوقف النفاذ في الخمسة الزيادة على إجازة الورثة ، لأنها تعتبر في هذا القدر وصية اختيارية.

ثم إن الوصية الواجبة تقدم على غيرها من الوصايا الاختيارية عند التنفيذ، فإذا ترك الشخص من وجبت لهم الوصية من غير إيصاء، وأوصى لغيرهم كان لأصحاب الوصية الواجبة نصيبهم من باقي الثلث إن وفي، وإلا فمن ذلك الباقي ومما أوصى به لغيرهم، وما بقي من الثلث بعد الوصية الواجبة يصرف للوصية الاختيارية إن كانت واحدة، وإن تعدد قسم بينها بالمحاصة كما جاء ذلك في المادتين ٧٧، ٧٨.

٤ ـ حقيقة هذه الوصية:

هذه الوصية ليست وصية خالصة. كما وأنها ليست ميراثاً على الحقيقة، ولكنها أشباه من الميراث مع بعض خصائص الوصية تجمعت فتخرج منها ما سمي في عرف القانون بالوصية الواجبة.

فهي تشبه الميراث من وجوه منها.

١ ـ إنها توجد وإن لم ينشئها المتوفي، والوصية الحقيقية لا توجد إلا بإنشاء من الموصي.

٢ ـ إنها لا تحتاج إلى قبول، ولو كانت وصية محضة لتوقفت على القبول، لأن الموصى له معين يتصور منه القبول بنفسه، أو بمن له الولاية عليه إن لم يكن أهلاً.

٣ ـ إنها لا ترتد بالرد، والوصية الحقيقة ترتد بالرد بخلاف الميراث.

٤ ـ إنها تقسم قسمة الميراث حتى ولو شرط الموصي تقسيمها على غير هذا الوجه إلا إذا كان ما شرطه لكل واحد يوفي بنصيبه من الوصية الواجبة.

وتخالفه من وجوه

١ - إنه تغنى عنها ما أعطاه الجد لهم تبرعاً بدون عوض، والميراث لا يغني عنه ذلك.

٢ - إن كل أصل يحجب فرعه دون فرع غيره، وفي الميراث كما يحجب الأصل فرعه يحجب فرع غيره ممن هو أبعد منه.

٣ - إنها وجبت عوضاً لهم عما فاتهم من ميراث أصلهم بموته قبل أن يرث من أصله، والميراث ثبت ابتداء من غير أن يكون عوضاً عن حق ضائع.

وأخيراً تجد من خصائص الوصية:

١ - إنها تجب في حدود الثلث، وهذا شأن الوصية.

٢ - إنها تقدم على الميراث بل سائر الوصايا الاختيارية.

تلك هي حقيقة الوصية الواجبة. أوجبها القانون لفرع الولد الذي مات في حياة أصله بمثل ما كان يستحقه الولد الذي مات ميراثاً كما جاء في مطلع المادة (٧٦).

« إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكماً بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً في تركته لو كان حياً عند موته وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث.

فهي لا تجب إلا لفرع الولد الذي مات وكان مستحقاً للميراث.

فإذا كان الولد موجوداً محروماً من الميراث بسبب كونه قاتلاً أو مختلفاً مع صاحب التركة في الدين فلا تجب لفرعه وصية عملاً بمفهوم المخالفة، أو لأنه حكم مسكوت عنه فيرجع فيه إلى الراجح من مذهب الحنفية كما هو الشأن في كل ما سكت عنه القانون.

ولكن هذا الفرع يستحق الميراث إذا كان أهلاً له ولم يوجد من يحجبه، فإذا لم يكن أهلاً بأن كان مخالفاً في الدين لصاحب التركة لا يرث، وكذلك إذا كان أهلاً ووجد من يحجبه كعمه مثلاً، أما إذا لم يوجد له عم فإنه يجعل الأب الممنوع من الميراث كالمعدوم فلا يحجب أولاده عن ميراث جدهم أو جدتهم، **وإذا كان أصل الفرع غير موجود** بأن مات في حياة أصله « أبيه أو أمه » ولكنه كان ممنوعاً من الميراث بسبب اختلاف الدين فلا وصية لهذا الفرع، لأن أصله ما كان مستحقاً للميراث من صاحب التركة، فموته قبله لم يفوت على فرعه ميراثاً كان يتلقاه عنه حتى يعوض عنه بالوصية.

ولكن يبقى لهذا الفرع حقه في الميراث إذا لم يمنع منه مانع كما في الصورة السابقة.

بقيت صورة أخيرة. وهي ما إذا تحقق الأمران: بأن مات الولد في حياة أبيه وكان مستحقاً للميراث وترك فرعاً يخالف أباه وجده في الدين. فهل تجب لهذا الفرع الوصية؟

ظاهر المادة يوجبها له، لأنها مطلقة لم تقيد الفرع الذي تجب له هذه الوصية بكونه متحداً في الدين، ولا بكونه أهلاً للميراث.

ويؤيد هذا أن اختلاف الدين لا يمنع صحة الوصية بل لا يمنع وجوبها عند القائلين بوجوب الوصية للقريب غير الوارث.

هذا ما يسبق إلى الفهم من ظاهر المادة، ولكن هذا الظاهر غير مراد للمشرع، لأنه حين شرع هذه الوصية قصرها على الحفدة لتكون تعويضاً لهم عما فاتهم من ميراث كان يصل إليهم بالتلقي عن أصلهم لو لم يمت قبل صاحب التركة. فالباعث على التشريع هو التعويض.

وعلى هذا الأساس لو فرضنا بقاء أصل ذلك الفرع حتى ورث من صاحب

التركة ثم مات بعد إرثه فإن فرعه المخالف له في الدين لا يرثه، وحينئذ ينتفي الباعث على التشريع لأنه لم يفته شيء من الميراث حتى يعوض عنه بالوصية.

فلو قلنا بعدم وجوب الوصية في هذه الصورة لكان لنا سند من روح القانون وهدف التشريع. وبخاصة إذا لاحظنا أن تشريع الوصية الواجبة جاء على خلاف الأصل في الميراث فلا يتوسع فيه بل يقتصر على ما تيقن منه.

وليس الكلام في صحة الوصية عند اختلاف الدين حتى يقال: إن صاحب التركة لو أوصى لهذا الحفيد صحت وصيته، وإنما الكلام في وجوبها في التركة إذا لم يوص له.

ومن هنا كان يجب على المشرع أن يجلي هذا الأمر عند التشريع أو يتداركه بتشريع آخر يزيل غموضه أو يكمل نقصه.

٥ - طريقة استخراج مقدار الوصية الواجبة

القانون لم يبين طريقة استخراج هذه الوصية في صراحة. فاختلفت الأنظار فيها حين صدور التشريع، فنظر البعض إلى أن القانون سكت عن بيان الطريقة فيرجع إلى ما هو مقرر في مذهب الحنفية، لأنه هو الأصل الذي يرجع إليه عند عدم النص. فسلك هؤلاء في معرفة مقدار الوصية الواجبة الطريقة المقررة في هذا المذهب في مسألة تشبه هذه إلى حد كبير، وهي الوصية بمثل نصيب أحد الورثة، وفيها تقسم التركة على الورثة الموجودين وبعد معرفة سهام كل وارث تزاد مثل سهام الوارث الموصي بمثل نصيبه على سهام الورث، ثم توزع التركة على مجموع السهام.

وهنا في الوصية الواجبة تقسم التركة على الورثة الموجودين ثم تزاد مثل سهام ابن إن كان أصحاب الوصية أولاد ابن، أو مثل سهام بنت إن كانوا أولاد بنت، ثم توزع التركة على مجموع السهام بعد الإضافة، فما يصيب أصل

هؤلاء يكون مقدار الوصية فيعطي لأولاده.

فإذا توفي شخص عن زوجة، وبنت وابن بنت ماتت في حياة أبيها، وأخ شقيق وترك ٩٦ فداناً، تقسم التركة أولاً على الورثة وهم الزوجة والبنت والأخ الشقيق، فيكون نصيب الزوجة الثمن، والبنت النصف، والأخ الباقي والمسألة من ٨ نصيب البنت منها ٤ فيزاد على أصل المسألة مثلها فتصير مجموع السهام ١٢ تأخذ بنت البنت منها ٤ سهام فتأخذ ٣٢ فداناً، وهو يعادل نصيب البنت.

وأنضار هذه الطريقة يرجحونها بأنها متفقة وروح القانون، ومحققة لغرض المشرع وهو تسوية هؤلاء بمن يساوي أصلهم.

وهذه الطريقة يؤخذ عليها أنها تؤدي في بعض صورها إلى أن الفرع يأخذ أكثر مما كان يستحقه أصله لو كان حياً، ويوجد ذلك في بعض المسائل التي يكون استحقاق الفرع المتوفي في حياة أصله لا يتجاوز الثلث إن كان حياً. مع أن الباعث على التشريع هو تعويض الفرع عما فاته من ميراث أصله، فهو يأخذ باسم أصله فكيف يسوغ أخذه أكثر منه؟

على أن التسوية بين هذا الفرع وبين من يساوي أصله التي ينشدها أصحاب هذا الحل وجعلوه عماد طريقتهم لا تتحقق إلا إذا كان نصيب الأصل أقل من ثلث التركة فإذا كان أكثر من الثلث فإنه سينقص إلى الثلث، وهنا ينتفي التساوي بين الفرع ومن يساوي أصله.

فمثلاً: إذا ماتت إمرأة وتركت زوجاً، وإبناً، وابن ابن مات في حياتها وتركت ٣٦ فداناً فإن التركة تقسم بين الزوج والإبن: للزوج ربعها، وللابن ثلاثة أربعها، والمسألة من ٤ يزداد عليها مثل سهام الابن فتكون مجموع السهام ٧ يأخذ منها ابن الابن ٣ من ٧ وهي أكثر من الثلث فيرد إلى الثلث فينعدم

التساوي لأن ابن الابن سيأخذ ثلث التركة وهو ١٢ فداناً، ويأخذ الزوج ربعها وهو ٩ أفدنة، والإبن يأخذ الباقي وهو ١٥ فداناً.

وفريق آخر رأى أن القانون وإن لم يذكر طريقة استخراج الوصية صراحة إلا أنه أشار إليها في المادة ٧٦ . ففي مطلعها يقول: «إن لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكماً بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً لو كان حياً عند موته وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث».

فإن هذا الجزء من المادة يبين أن مقدار الوصية هو ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً لو كان حياً في حدود الثلث، وهو صريح في أن الفرع لا يأخذ أكثر مما كان يستحقه أصله بحال من الأحوال، لأنه لو أخذ أكثر منه لما كانت الوصية بمثل ما كان يستحقه أصله لو كان حياً، الذي جعله القانون الواجب الأصلي.

وتقييد هذا النصيب بكونه في حدود الثلث يفيد أن نصيب هؤلاء يجوز إنقاصه عما كان يستحقه أصلهم ميراثاً.

فالقانون يتجه إلى إعطائهم تعويضاً لهم عما فاتهم من ميراث كانوا يستحقونه لو لم يمت أصلهم قبل صاحب التركة وعدم حرمانهم، وجعل الصلة بينهم وبين أصلهم الذي مات، ولم ينس أن هذه وصية فمنع زيادتها على الثلث، ولم يرد أن يعقد صلة بين هؤلاء وبين من يساوي أصلهم، فيسوى بينهم وبينه في الأنصباء، لأن التسوية لا تكون إلا بجعلهم ورثة يحلون محل مورثهم، والقانون لا يريد ذلك، بل ولا يملك واضع القانون ولا غيره أن يجعلهم ورثة بعد أن حرمهم الشارع من الميراث في هذه الحالة.

ولو كان يقصد التسوية لقال: بمثل نصيب مساوي أصلهم أبا كان أو أماً

في حدود ثلث التركة.

والحل الوحيد الذي يتفق مع هذه الأسس هو أن نفرض أصل أصحاب الوصية الواجبة حياً، ثم نقسم التركة على هذا الفرض لنعرف مقدار ما كان يستحقه، ثم يوازن بين هذا النصيب وثلث التركة، ونجعل أقلهما مقدار الوصية فنعطيه لأولاده ثم نعمد إلى باقي التركة فنقسمها بين الورثة الحقيقيين.

وبهذا نكون قد أعطيناهم مثل ما كان يستحقه من ميراث لو كان حياً في حدود الثلث، ولا توجد صورة من الصور يأخذ فيها الفرع أكثر مما كان يستحقه الأصل.

ولكن يلاحظ عند التقسيم الأول الذي نفرض فيه حياة أصل أصحاب الوصية أنه لا يدخل في قسمه التركة أولاد الميت الذين ماتوا في حياته ولم يعقبوا أو أعقبوا من لا يستحق في الوصية، فلو خلف الميت إبناً وبنتاً، وبنتي بنت ماتت في حياته، وابن ابن ابن مات أبوه وجده في حياته أيضاً غير مرتبين وكان له ابن مات في حياته ولم يعقب، أو أعقب أولاد بنت من الطبقة الثانية قسمت التركة بين أولاد الميت الأحياء والأموات الذين تركوا من يستحق الوصية، وهنا نصيب الابن والبنت الميتين أكثر من الثلث، فيكون لهما الثلث يقسم بينهما قسمة الميراث. للبنت ثلثه يعطى لبنتيها بالتساوي، وثلثاه للإبن يعطى لفروعه ولو أن أباه مات قبل جده كما جاء بالمذكرة التفسيرية.

وهذه الطريقة وإن كانت في بعض صورها لا تحقق المساواة بين نصيب هؤلاء ونصيب مساوي أصلهم إلا أنه لا يعتبر مطعناً فيها، لأنها لم تقم على تحقيق هذه المساواة ـ لسبب بسيط هو أن المشرع لم يرد تحقيقها ـ عكس الطريقة الأولى التي تهدف إليها فإنه ينقضها تخلف تلك المساواة في بعض صورها، وقد تحقق هذا التخلف فيما إذا كان نصيب الأصل أكثر من الثلث فإنه

يرد إلى الثلث، فتنعدم المساواة.

ولا يضير هذه الطريقة أن قال عنها مخالفوها: إنها طريقة حرفية.

لأنها وإن سارت مع حرفية المادة إلا أنها لم تهمل غرض المشرع ومقصده ولم يترتب عليها إسراف في الإعطاء الذي لم يقصده القانون، بل وقفت به عند الحاجة التي حددها.

ولتوضيح هذه الطريقة نضعع أمام القارىء أمثلة مشروحة تبين طريقة الحل للوصية في صورها المختلفة حتى يمرن على مسائلها.

المثال الأول:

توفيت عن زوج، وبنتين، وابن بنت ماتت في حياة أمها وتركت ٣٢ فداناً فإذا فرضنا حياة البنت المتوفاة يصير الورثة فرضاً ثلاث بنات مع الزوج يأخذ الزوج ربع التركة، والبنات الثلاث ثلاثة أرباعها فرضاً ورداً، يخص المتوفاة منه ربع التركة، يأخذه ابنها وصية واجبة وقدرها ثمانية أفدنة. ثم نقسم باقي التركة وهو ٢٤ فداناً على الزوج والبنتين. للزوج ربعها فرضاً والباقي يأخذ البنتان فرضاً ورداً، فيخص الزوج ٦ أفدنة، وكل بنت ٩ أفدنة.

المثال الثاني

توفي عن أب، وابن، وبنت ابن ابن توفي أبوها وجدها في حياة المورث وترك ٦٠ فداناً.

فإذا فرضنا حياة الإبن المتوفي يكون الميراث بين أب وابنين للأب السدس والباقي بين الإبنين مناصفة، والمسألة من ٦ وحيث إن سهام الإبنين لا تنقسم بينهما من غير كسر، فتصحح المسألة بضرب أصلها وهو ٦ في ٢ فيصير أصلها ١٢، للأب منها سهمان. وللأبن ٥ وهو أكثر من الثلث، فيرد مقدار

الوصية إلى الثلث، فتأخذ بنت ابن الابن ثلث التركة وقدره ٢٠ فداناً، والباقي يقسم بين الأب والإبن يأخذ الأب سدسه فرضاً والباقي للإبن تعصيباً.

المثال الثالث:

توفيت عن زوج، وابن، وبنت بنت توفيت في حياة أمها، وابن بنت أخرى كذلك وتركت ٩٠ فداناً.

فالورثة على فرض حياة البنتين زوج، وابن، وبنتان، للزوج ربع التركة والباقي بين الابن والبنتين بالتعصيب، والمسألة من ٤، للزوج سهم، والأسهم الثلاثة بين الأولاد، وهي لا تنقسم بينهم من غير كسر فتصحح بضرب أصل المسألة في ٤ فيصير أصلها ١٦ نصيب البنتين منه ٦ وهو أكثر من الثلث فيرد إلى الثلث، فيكون مقدار الوصية ثلاثين فداناً، تقسم مناصفة بين ابن البنت وبنت خالته فيأخذ كل منهما ١٥فداناً، ثم يقسم الباقي بين الزوج والابن يأخذ الزوج ربعه، والباقي يأخذه الإبن.

المثال الرابع:

توفي عن أب، وأم، وبنت، وبنت ابن، وبنت ابن ابن توفي أبوها وجدها في حياة المورث والتركة ٤٥ فداناً.

في هذا المثال الوصية الواجبة لبنت ابن الابن، لأنها لا ترث، وأما بنت الابن فترث مع البنت. وعلى هذا تقسم التركة أولاً بين الأب والأم والبنت والابن بعد فرضه حياً، ونصيبه على هذا التقسيم أكثر من الثلث، لأنه يأخذ ثلثي الثلثين تعصيباً مع أخته بعد فرض الأب والأم، فيرد مقدار الوصية إلى الثلث، وهو ١٥ فداناً تعطى لبنت ابن الإبن[1].

---

(١) هذه المسألة من الغرائب حيث أخذت بنت ابن الإبن ١٥ ف بينا لا تأخذ بنت الابن وهي أقرب منها إلى صاحب التركة غير خمسة أفدنة.

ثم نقسم الباقي على الورثة، فتأخذ البنت نصفه، وبنت الابن سدسه وكل من الأب والأم يأخذ السدس فرضاً، ولا يبقى للأب شيء يأخذه بالتعصيب.

المثال الخامس:

توفيت عن بنتين. وبنت بنت توفيت أمها في حياة جدتها، وابن بنت ابن توفيت أمه وجده في حياة صاحبة التركة، وأخت شقية، وأخ لأم وتركت ٢٧ فداناً.

في هذا المثال تجد أن ابن بنت الإبن غير وارث لأنه من ذوي الأرحام، ولا يستحق وصية واجبة، لأنه ليس من أبناء الظهور، فالوصية الواجبة هنا لبنت البنت. فتفرض حياة عمها، وتقسم التركة على ثلاث بنات، وأخت شقيقة، لأن الأخ لأم محجوب بالفرع الوارث، فتأخذ البنات الثلاث ثلثي التركة فرضاً، والباقي للأخت الشقيقة تعصيباً، فيكون نصيب البنت المفروض حياتها ثلث الثلثين وهو ٦ أفدنة يعطى لبنتها وصية واجبة. ثم نقسم الباقي على البنتين والأخت الشقيقة لكل واحدة ثلثه وهو ٧ أفدنة.

المثال السادس:

توفي عن أب وابن، وابن ابن توفي أبوه في حياة جده، وبنت ابن ابن توفي أبوها وجدها في حياة المورث، وترك ٢٤٠ سهماً في شركة الحرير الصناعي، الوصية الواجبة هنا لابن الابن، وبنت ابن الإبن لعدم إرثهما. ولا يحجب أولها الثانية. لأنها فرع لأصل آخر غيره، وتقسم التركة أولاً بين الأب والأبناء الثلاثة بعد فرض حياة من مات منهم في حياة أصله. فيأخذ الأب السدس. والباقي يقسم بين الأبناء الثلاثة بالتساوي، والمسألة من ٦ تصحح بالضرب في ٣ فيصير أصلها ١٨ يأخذ الأب منها ثلاثة أسهم. وكل ولد خمسة. فيكون نصيب الإبنين المفروض حياتهما عشرة أسهم وهي أكثر من الثلث. يرد إلى

الثلث فيعطي وصية واجبة للفرعين مناصفة. ومقداره من التركة ٨٠ سهماً يعطي لابن الإبن منها ٤٠ سهماً ولبنت ابن الإبن ٤٠ مثلها والباقي يقسم بين الأب والابن يأخذ الأب سدسها والإبن باقيها.

المثال السابع:

في المثال السابق لو أوصى الجد لابن ابنه بخمسين سهماً، ولم يوص لبنت ابن ابنه وجب لها أربعون سهماً بحكم القانون تأخذها من باقي الثلث، ولما كان باقيه لا يفي بها يكمل لها مما أوصى به لابن الإبن، وحيث إن الثلث ضاق عن مجموع الوصية الواجبة، وما أوصى به باختياره، فيكون القدر الزائد في وصية ابن الإبن وهو عشرة أسهم وصية اختيارية بما زاد عن الثلث فيوقف على إجازة الورثة. إن أجازوها نفذت وإلا بطلت.

المثال الثامن:

توفي عن بنتين، وبنت ابن توفي في حياة أبيه، وابن ابن ابن آخر غير الأول توفي أبوه وجده في حياة المورث، وبنت بنت توفيت أمها في حياة أبيها وترك ٩٠٠ جنيه.

والوصية الواجبة هنا لبنت البنت، وأما بنت الإبن، وابن ابن عمها فيرثان ما يبقى من فرض البنتين تعصيباً للذكر مثل حظ الأنثيين.

والتركة تقسم أولاً على فرض حياة البنت المتوفاة، فيكون الورثة ثلاث بنات، وبنت ابن، وابن ابن ابن تأخذ البنات ثلثي التركة فرضاً وقدره ٦٠٠ ج يخص البنت المتوفاة ثلثها وهو ٢٠٠ ج تكون وصية واجبة تأخذها بنتها، لأنها أقل من الثلث، ثم يقسم الباقي بعد الوصية على الورثة وهو ٧٠٠ ج للبنتين ثلثاها والباقي للعصبات.

المثال التاسع:

في المثال السابق لو كان مكان البنتين ابن، والمسألة بحالها يكون الفروع الثلاثة أصحاب وصية واجبة تقسم بينهم بنسبة أنصباء أصولهم في الميراث المفروض لهم، وهي هنا ثلث التركة، لأننا فرضنا حياة أصولهم، فيكون الورثة بنتاً وثلاثة أبناء تقسم التركة بينهم بالتعصيب والمسألة من ٧ نصيب المفروض حياتهم ٥/٧ وهو أكثر من الثلث، فترد الوصية إلى الثلث، ومقداره ٣٠٠ ج يقسم بين فروع الأصول الثلاثة على خمسة أسهم لبنت الابن سهمان، وقدرهما ١٢٠ ج، ولابن ابن الابن سهمان وقدرهما ١٢٠ ج، ولبنت البنت سهم وقدره ٦٠ ج وباقي التركة للابن وقدره ٦٠٠ ج.

المثال العاشر:

توفي عن أم وابن ابن قتل جده المورث، وابن بنت توفيت في حياة أبيها، وابن ابن بنت أخرى توفيت هي وابنها في حياة المورث. وأخ لأم وترك ١٢٠ فداناً كان قد أوصى منها بـ ٣٠ فداناً لابن ابنه قبل أن يقتله.

في هذه المسألة ابن الابن محروم من الميراث بسبب القتل ولا وصية له واجبة كذلك. وتبطل الوصية التي أنشأها له، وابن ابن البنت كذلك لا ميراث له لأنه من ذوي الأرحام، وليس له وصية لأنه فرع بنت من الطبقة الثانية.

وأما ابن البنت فلا إرث له لوجود من يرث بالفرض. ولكن له وصية واجبة. لذلك يفرض حياة أمه وتقسم التركة على هذا التقدير، فيكون للأم السدس لوجود الفرع الوارث فرضاً، وللبنت النصف فرضاً، والباقي يرد عليهما، وعلى هذا يكون نصيب البنت أكثر من الثلث فيكون مقدار الوصية الثلث يعطى لابن البنت وهو ٤٠ فداناً. ثم يقسم الباقي على الورثة الحقيقيين. وهم هنا الأم والأخ لأم، فتأخذ الأم الثلث فرضاً، والأخ السدس فرضاً والباقي

يرد عليهما بنسبة فرضيهما.

٦ ـ السند الفقهي لتشريع الوصية الواجبة:

إذا نظرنا لهذه الوصية على ضوء ما تقدم نجدها تضمن الأحكام الآتية:

١ ـ وجوب الوصية للأقربين.

٢ ـ وجوب إعطاء جزء من مال الشخص بعد وفاته على أنه وصية إذا ترك الإيصاء لهم.

٣ ـ قصر من وجبت لهم الوصية من الأقربين على الحفدة.

٤ ـ تحديد القدر الواجب لهم بمثل ما كان يستحقه أصلهم من الميراث في حدود الثلث.

٥ ـ تقسيم ذلك القدر بين المستحقين قسمة الميراث.

٦ ـ تقديم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية، وهي الوصايا التي ينشئها الشخص باختياره ولو كانت بفرض أو واجب عليه لجهة أو لأشخاص.

والمذكرة التفسيريةعند شرح هذا النوع من الوصية بينت الحكمة في تشريعها كما بينت سند هذا التشريع من النصوص وآراء الفقهاء، وحاولت أن تسند كل حكم من تلك الأحكام إلى رأي فقيه من الفقهاء، ولكن واضعيها تكلفوا في هذا الإسناد كثيراً.

ويبدو لي أن واضعي مشروع القانون نظراوا من خلال الحوادث فوجدوا الحاجة ماسة إلى تشريع لهؤلاء يحفظ لهم حقاً في تركة المتوفي، فرتبوا أحكام الوصية الواجبة، ثم حاولوا بعد ذلك نسبة كل حكم من أحكامها إلى رأي فقيه حتى لا ينفر الناس من هذا التشريع الجديد الذي لم يسبق له مثيل في التشريعات المصرية.

وخلاصة ما جاء بالمذكرة التفسيرية في هذا الموضع.

أما في بيان الباعث على التشريع فقالت: «إنها وضعت لتلافي حالة كثر منها الشكوى. وهي حالةالحفدة الذين يموت آباؤهم في حياة أبيهم وأمهم أو يموتون معهم ولو حكما كالغرقى والحرقى، فإن هؤلاء قلما يرثون بعد موت جدهم أو جدتهم لوجود من يحجبهم من الميراث مع أن آباءهم قد يكونون ممن شاركوا في بناء الثروة التي تركها الميت، وقد يكونون في عياله يموتهم، وأحب شيء إلى نفسه أن يوصي لهم بشيء من ماله، ولكن المنية عاجلته فلم يفعل شيئاً، أو حالت بينه وبين ذلك مؤثرات وقتية» ثم بينت بعد ذلك من تجب له....

وهذا حسن وجيل في ذاته.

أما في إسناد الأحكام إلى الأدلة، ونسبتها إلى مذاهب الفقهاء فقد سلكت فيها ما يلي.

أما أصل الوجوب فدليله آية الوصية. وهو مروي عن جمع عظيم من فقهاء التابعين، ومن بعدهم من أئمة الفقه والحديث.

وأما وجوبها إذا تركها فمذهب ابن حزم وبعض فقهاء التابعين. وهذا وما قبله صحيح ومسلم.

وأما قصر الأقارب غير الوارثين على الحفدة بالترتيب المبين في المادة - ٧٦ - وتحديد الواجب لهم بمثل نصيب أصلهم في حدود الثلث، وتقسيمه بينهم قسمه الميراث فقد قالت: إنها مبنية على مذهب ابن حزم. وعلى قاعدة شرعية هي «لولي الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة ومتى أمر به وجبت طاعته وفي رأي بعض الفقهاء أمره ينشىء حكماً شرعياً».

ثم أخذت بعد ذلك في توضيح هذا الإجمال بما لا يخرج عن كونه محاولات لتبرير التشريع على هذا الوجه الذي جاء في القانون.

ونحن إذا عرفنا أن ابن حزم يرى وجوب الوصية للوالدين والأقربين غير الوارثين، وأنه جوز أن يكتفي من الأقربين بثلاثة فقط من غير أن يحددهم بحفدة ولا بغيرهم، كما أنه وكل تحديد مقدار الوصية للموصي إذا أنشأها، أو الوصي إذا تركها، ولم يعرض لكيفية توزيع الوصية بين الموصى لهم.

إذا عرفنا ذلك أدركنا مدى البعد بين وصية القانون ومذهب ابن حزم، وإذا أضفنا إلى ذلك سند القانون في أصل وجوب الوصية وهو الآية، وأنها توجيهاً للوالدين والأقربين وجدنا البعد يتزايد بين القانون ودليله.

فالآية توجيها أولاً للوالدين غير الوارثين وللاقربين، والقانون يتناسى الوالدين ويقصر الأقربين على الحفدة.

والكيفية التي شرعت بها الوصية الواجبة لا يوجد لها نظير من كل وجه في الوصايا المشروعة، بل هي أشبه بالميراث منها بالوصية، ولذلك قيل عنها « إنها ميراث قانوني ».

ولعل واضعي مشروع القانون حينذاك نظروا للحفدة - وهم في الغالب أطفال ضعاف - بعين عاطفة وأخرى مشفقة مقدرين ما ينتظر هؤلاء من بؤس وشقاء، فحملهم هذا وذاك على تشريع مشاركتهم لبقية الورثة فيما تركه جدهم أو جدتهم، وهم لا يملكون تشريكهم بطريق الإرث، لأن الشارع حرمهم منه فلم يجدوا أمامهم إلا باب الوصية فولجوه باحثين عما يحقق غرضهم، فوجدوا في أقوال بعض الفقهاء ما يصلح سنداً لهم فيما ذهبوا إليه، فلفقوا وتكلفوا في النسبة حتى خرج التشريع آخر الأمر على وضع فيه غموض في بعض صوره - كما أشرنا إلى ذلك من قبل - وترك لبعض من أوجب لهم الدليل الوصية، كالوالدين في حالة حرمانهما من ميراث ولدهما الوحيد، وهما في الغالب يكونان في حالة عجز تام، وقد لا يكون لهما مورد رزق غير صاحب التركة المتوفي،

فمن الرحمة أن يجعل لهما نصيب من الوصية، ولو في حالة العوز ليكون بر ولدهما لهما موصولاً.

ألم يأمر القرآن ببرهما والإحسان إليهما من غير مراعاة لإسلامهما «وصاحبهما في الدنيا معروفاً»؟

إننا ما دمنا قد استندنا إلى الآية على اعتبار أنها محكمة في إيجاب الوصية لغير الوارثين من الأقرباء فلا معنى لقصرها على فريق دون آخر ما داموا متساوين في الحاجة والعوز.

نعم إن لولي الأمر أن يتدخل ويقصر الوصية على فريق دون آخر. لكن ينبغي أن يكون ذلك التخصيص لسبب معقول وواضح، فأي فرق بين الحفدة - وقد يكون لهم مال آخر - وبين أخت شقيقه حجبت عن ميراث أخيها لم يكن لها عائل سواه، أو أخ شقيق عاجز عن الكسب؟!

إننا نأمل إلحاق تشريع الوصية الواجبة بتشريع آخر مكمل له يجلي ما فيه من غموض في بعض صورها، ويتخطى بها حدود الحفدة فيصل نفعها لمن هم في أمس الحاجة إليه- من المحتاجين الذين تربطهم بالميت صلة من القرابة القريبة، وأخيراً نخلص به أحكامها مما نتج عن تطبيقها حرفياً من غرائب شاذة في بابها، فلقد وجدنا في بعض صورها أن بنت البنت تأخذ باسم الوصية الواجبة أكثر مما تأخذه بنت الابن ميراثاً فيما إذا توفي عن بنت، وبنت ابن، وبنت بنت وترك ٣٠ فداناً، فإن مقدار الوصية هنا ثلث التركة وهو ١٠ أفدنة تأخذها بنت البنت، وتأخذ بنت الابن ربع الباقي بطريق الفرض والرد فيكون نصيبها ٥ أفدنة.

وأن بنت ابن الابن تأخذ أكثر مما تأخذه بنت الابن وهي أقرب منها كما سبق في المثال الرابع.

وأغرب من هذا أننا وجدنا بنت الابن تأخذ أكثر من البنت فيما إذا توفي شخص عن بنتين، وبنت ابن، وأخت شقيقة وترك ١٨٠ سهماً فإن مقدار الوصية هنا ثلث التركة وهو ٦٠ سهماً تأخذها بنت الابن، ثم يقسم الباقي على البنتين والأخت. فتأخذ كل بنت ثلثه، وهو ٤٠ سهماً.

فأي منطق يعطي لبنت الابن المحرومة من الميراث أكثر من عمتها الوارثة إنه شيء غريب حقاً يثير في النفوس الكراهية والأحقاد.

وفي بعض الصور نجد بنت البنت تأخذ أكثر من بنت الابن الوارثة، بل تأخذ أكثر من ابن الإبن. وذلك فيما إذا توفي عن بنت، وبنت ابن، وابن ابن آخر وبنت بنت، وترك ٩٠ فداناً فإذا فرضنا البنت الأخرى موجودة يكون الورثة فرضاً بنتين، وبنت ابن، وابن ابن، فيكون نصيب البنت الثلث تأخذه بنتها وهو ٣٠ فداناً، والباقي وهو ٦٠ فداناً تأخذ البنت نصفه ومقداره ٣٠ فداناً، ويبقى لابن الإبن وبنت الإبن ٣٠ فداناً يقسم بينهما بالتعصيب فيأخذ ابن الإبن ٢٠ ف وتأخذ بنت الإبن عشرة أفدنة، فكيف يستساغ هذا؟!

إنه يجب تقييد مقدارها بحيث لا يأخذ صاحبها أكثر مما يرثه من هو أقرب منه إلى الميت كما قيده القانون بأقل من نصيب الأصل وثلث التركة حتى تزول تلك الحالات الشاذة، ويصبح تشريعها متلائماً مع تشريع الميراث.

إننا لا نطالب بتغيير نصيب قدره الشارع، لأن الوصية الواجبة عند من يقول بها موكولة لما تطيب به نفس الموصي في حدود المعروف، وإنما قدرها واضعوا مشروع القانون باجتهادهم من غير أن يكون لهم سند واضح من نص شرعي، أو قول فقيه من الفقهاء.

هذا وقد كان أملنا قوياً في أن يأتي مشروع القانون الجديد للأحوال لشخصية بتعديل يسد تلك الثغرات التي وجه منها النقد للقانون الحالي، ولكنه لم

يسد إلا بعض الثغرات فقط، فلم يصنع أكثر من إعادة صياغة المادة - ٧٦ - من قانون الوصية تحت رقم ٤٠١ من المشروع فزاد فيها فقرة واحدة وبضع كلمات وإليك نصها كما وردت فيه.

المادة ٤٠١ -

إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو اعتبر ميتاً أو مات معه ولو حكما بما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً في تركته لو كان حياً عند موته وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له، وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله.

تكون هذه الوصية لذرية الفرع وإن نزل ذكوراً وإناثاً على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره وأن يقسم نصيب كل أصل وارث على فرعه وإن نزل قسمه الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الوارثون الذين يدلي بهم إلى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتباً كترتيب الطبقات.

ولا يستحق أحد من ذرية هذا الفرع أكثر من سهمه الذى كان يستحقه في تركة أصله.

فقد زيد في

عند تطبيق القا

سواء كان

ما يستحـ

وبعـ

على فرو

نصيب الأصل من الميراث على ورثته كلهم ثم يجمع نصيب فروعه منه ويقارن بثلث التركة ويعطي لهم إن كان في حدود الثلث وإلا رد إلى الثلث ثم يعاد تقسيمه بينهم بنسبة أنصبائهم.

وهذه الزيادة وإن كانت تخلصنا من بعض الصور الغريبة التي كان يأخذ الفرع فيها أكثر من مساوي أصله أو أكثر ممن هو أقرب منه من الورثة إلا أنها لا تقضي على كل الغرائب، كما أن المشروع الجديد عمم الوصية لذرية الفروع وإن نزلوا ذكوراً كانوا أو اناثاً بعد أن كانت قاصرة على أهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الأبناء مهما نزلوا بشرط أن يكونوا من أولاد الظهور.

كما زاد كلمة «أو اعتبر ميتا»، وكلمة «وارث» بعد كل أصل. وكلمة «الوارثون» بعد أصوله: لزيادة التوضيح.

وقد كان على واضعي مشروع القانون أن يستجيبوا لما وجه إلى هذه الوصية من نقد ويعملوا على إعادة صياغة تشريعها على وجه تسلم معه من كل نقد وجيه وجه إليها.

تلك الحالات انتظار ما تفعله الهيئة التشريعية عند عرض المشروع عليها.

إننا لا نطالب
يقول بها موكولة لما ت
واضعوا مشروع القانون.
شرعي، أو قول فقيه من

هذا وقد كان أملنا قوياً
لشخصية بتعديل يسد تلك الثغرات

الفصل الثاني
في
« مبطلات الوصية » وحكم الزيادة في الموصى به »

إذا وقعت الوصية مستوفية مقوماتها وشروطها كانت صحيحة غير لازمة - إذا لم تكن واجبة - يجوز لصاحبها أن يرجع عنها في أي وقت شاء، فإذا مات مصراً عليها ولم يوجد ما يبطلها، وقبلها الموصى له نفذت وترتب عليها آثارها.

وقد يحدث لها ما يعرقل نفاذها فيلغيها، ويسمى مبطلاً، ومبطلاتها كثيرة عرض لها القانون في أكثر من عشر مواد متفرقة[1]، وهذا الإبطال يأتيها تارة من قبل الموصي، وأخرى من قبل الموصى له، وثالثة من ناحية الموصى به، ولقد سبق الكلام على أكثر هذه المبطلات في ثنايا البحوث السابقة، لذلك سنعرض لها هنا إجمالاً، ونفصل منها ما لم يسبق تفصيله.

أما ما يبطلها من جهة الموصى له:

أولاً: موته قبل موت الموصي في الوصية بالأعيان أو المنافع سواء علم الموصي بموته أو لم يعلم[2]، لأن التمليك وقع له لا لغيره، وبموته أصبح غير

(١) هذه المواد هي ٨، ١٤، ١٥، ١٧، ١٨، ١٩، ٢٤، ٢٧، ٤٩، ٥٩.

(٢) هذا عند جمهور الفقهاء، وذهب الحسن إلى أنها لا تبطل بموته، بل تكون لورثته، وفصل عطاء فقال: إن علم الموصى بموته ولم يحدث تغييراً كانت لورثة الموصى له. راجع المغني جـ ٥ ص ٢١.

أهل للتمليك فلا يصح صرفه لغيره، وكذلك إذا مات بعد موت الموصي وقبل ابتداء مدةالانتفاع في الوصية بالمنفعة - كما سبق بيانه.

ثانياً: إذا تعذر وجود الجهة الموصى لها فيما إذا كانت ا لوصية لجهة غير موجودة وستوجد في المستقبل كما جاء بالمادة الثامنة[1] وتقدم توضيحه في الكلام على الوصية للمعدوم.

ثالثاً: قتل الموصى له الموصي عمداً عدواناً سواء كان قبل الوصية أو بعدها كما تقدم مفصلاً عند الكلام على الوصية للقاتل.

رابعاً: رد الموصى له الوصيةكلها أو بعضها قبل قبوله وبعد موت الموصي باتفاق الفقهاء، وأما رده قبل موته فلا عبرة به عند جماهير الفقهاء، فله أن يقبلها بعد وفاته، وأما رده بعد قبوله فيبطلها عند الحنفية بشرط قبول الورثة أو أحدهم لهذا الرد، وقد تقدم ذلك مشروحاً في بحث القبول «المادة - ٢٤».

أما ما يبطلها من جهة الموصي به فامران:

أحدهما: هلاكه إذا كان معيناً بالذات أو بالنوع سواء كانت الوصية به كله أو بجزء شائع.

فلو أوصى بسيارة معينة، أو بجزء شائع فيها كنصفها مثلاً ثم هلكت قبل قبول الموصى له بطلت الوصية، سواء كان الهلاك قبل موت الموصي أو بعده لفوات محل الوصية،ويستحيل ثبوت حكم التصرف أو بقاؤه بدون وجود محله أوبقائه،ولو أوصى له بغنمة. أو بسهم شائع فيها كثلثها، ثم هلكت الغنم قبل

---

(١) ونصها: تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلاً فإن تعذر وجودها بطلت الوصية».

قبوله بسبب غير موجب للضمان بطلت الوصية، وإذا كان هلاكها بسبب موجب للضمان لا تبطل الوصية لانتقال حق الموصى له إلى البذل.

ثانيهما: ثبوت استحقاقه لغير الموصي سواء كان ذلك قبل موت الموصي أو بعده، قبل قبول الموصى له أو بعده، لأنه تبين بهذا الاستحقاق ان الموصي أوصى بما ليس مملوكاً له.

والبطلان في هذين قد يكون كلياً إذا هلك الموصى به كله، أو استحق كله وقد يكون جزئياً إذا كان الهلاك أو الاستحقاق لبعضه فقط. وقد قدمنا تفصيل ذلك[1].

وأما ما يبطلها من جهة الموصي:

فأولاً: زوال أهليته بالجنون المطبق إذا اتصل به الموت، لأن الوصية تصرف غير لازم يصح الرجوع عنه متى شاء، وقد كان يمكنه الرجوع في وصيته لولا هذا الجنون المتصل، فمراعاة لحقه ابطلت الوصية، ولأن شرط بقائها صحيحة موته مصراً عليها، ومع هذا الجنون لا يتحقق إصراره عليها حتى الموت فتبطل، والمراد بالجنون ما يشمل العته، والمطبق ما يمكث شهراً، فإذا اختل احد الامرين بأن لم يكن مطبقاً، أو كان مطبقاً ولم يتصل به الموت لا تبطل الوصية، أخذ القانون أحكام هذه الوصية من مذهبي الحنفية والمالكية[2].

---

(١) راجع بحث أثر هلاك الموصي به أو استحقاقه في الوصيةعند شرح المواد ـ ٤٧، ٤٨، ٤٩. وكذلك المادة ـ ١٥ ـ تنص على أنه: تبطل الوصية إذا كان الموصى به معيناً وهلك قبل الموصى له».

(٢) يرى المالكية أن الجنون مطلقاً لا يبطل الوصية مطبقاً كان أو غير مطبق اتصل به الموت أو لا، ويوافقهم الحنابلة في هذا الرأي، لأن الوصية تعتمد في صحتها على أهلية الموصي عند إنشائها، وقد وجدت صحيحة، فزوال الأهلية بعد ذلك لا يؤثر فيها كما لا يؤثر في غيرها من التصرفات كالبيع والهبة والإجارة وغيرها فأخذ القانون بذلك في الجنون غير المطبق والمطبق إذا لم يتصل به الموت.

ثانياً: إذا ارتد الرجل عن الإسلام بعد الوصية ومات وهو على ردته أو قتل، أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه فإن وصيته تبطل عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه لا تبطل، ذلك لأن الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت، فيلزم لبقائها صحيحة بقاء ملك الموصي لما أوصى به، فإن زال ملكه قبل موته بطلت الوصية لعدم صلاحية محلها لحكمها في هذه الحالة، وعلى هذا يكون بقاء الوصية مرتبطاً بعدم زوال ملك الموصي، فمن يرى أن ملك المرتد يزول بالردة يحكم ببطلان الوصية، ومن يرى أنه لا يزول بها يقول بعدم بطلانها.

ومن هذا الموضع يبتدىء الخلاف بين الامام وصاحبيه ثم ينتهي باختلافهم في بطلان الوصية بالردة[1].

فأبو حنيفة يذهب إلى أن ردة الرجل موجبة لزوال ملكه عن أمواله، لكنه زوال موقوف حتى يتقرر مصيره، فإن عاد إلى الإسلام عاد ملكه إلى ما كان عليه قبلها وإن مات على ردته أو قتل أو لحق بدار الحرب تقرر زوال ملكه من حين الردة. فتبطل تصرفاته التي صدرت منه بعد الردة، وتبطل وصيته السابقة عليها لعدم بقاء الموصي به على ملكه لحين الموت، وهو وقت ابتداء ملك الموصى له.

وذهب الصاحبان إلى أن الردة لا تزيل ملك المرتد عن أمواله، بل يبقى إلى أن يموت أو يقتل أو يلحق بدار الحرب ويحكم بلحاقه، وعلى هذا حكماً بصحة تصرفاته التي صدرت منه بعد الردة ونفاذها، لأنها تصرفات فيما يملك ملكاً حقيقياً. ولكن أبا يوسف يجعلها من تصرفات الصحيح من حيث أنها تنفذ من كل المال بينما يجعلها محمد بن الحسن كتصرفات المريض مرض الموت فلا تنفذ تبرعاته أو ما في معناها إلا في حدوث ثلث أمواله.

---

(١) راجع المبسوط جـ ١٤ ص ١١٤ وما بعدها، والبدائع جـ ٧ ص ١٣٦ وحواشي الدر جـ ٣ ص ٤١٦ وما بعدها.

وإذا كان ملك المرتد باقياً إلى أن يموت أو يقتل فلا معنى لإبطال وصيته التي صدرت منه حينما كان أهلاً لها وبقي الموصي به على ملكه لم يخرج عنه إلى وقت موته، وهو الوقت الذي يبتدىء منه ثبوت ملك الموصى له.

وإذا كان الموصي امرأة ثم ارتدت بعد وصيتها فقد اتفق الأمام وصاحباه على عدم بطلان وصيتها لبقاء ملكها إلى أن تموت حيث لا تستحق القتل بردتها بخلاف الرجل الذي يستحق القتل بعد أن تكشف شبهته[1].

وقانون الوصية لم يعرض لحكم ردة الموصي وأثرها في وصيته، بل إن النص الخاص بها حذف منه بعد أن كان في مشروع القانون. بدليل ما جاء بالمذكرة التفسيرية عند الكلام عن المواد من ١٤ ـ ١٦ وعبارتها « ولكن إذا زالت الأهلية بالحجر عليه للسفه أو الغفلة أو ارتد فإن الوصية لا تبطل أخذاً بقول المالكية في الحجر وبقول الصاحبين في الردة مادة ـ ١٦ ـ.

ولعل الباعث على حذف هذا النص هو نفس الباعث الذي من أجله حذف النص على حكم ميراث المرتد من قانون الميراث، وهو ما قيل حينذاك: إنه

---

(١) والتفريق بين الرجل والمرأة بعد الردة جاء من ناحية أن الرجل بإصراره على الردة صار محارباً، وهو يستحق القتل جزاء على محاربته، وأما المرأة فلا تستحق القتل للنهي عن قتل النساء والصغار، وليس ذلك من جهة أن ردته أشد من ردتها وأن عدم قتلها رضا بما هي عليه، لأنها تحبس حتى تتوب وترجع إلى الإسلام أو تموت، فكلاهما استحق العقوبة، غير أن عقوبة الرجل القتل، وعقوبتها الحبس يدلنا على ذلك أن المرتدة لو دخلت في اليهودية أو النصرانية لا تأخذ حكم اليهودية والنصرانية من صحة زواجها لمسلم أو لغيره، فالمرتدة لا يصح زواج المسلم منها بل ولا اليهودي ولا النصراني.

يقول أبو يوسف في كتابه « الرد على سير الأوزاعي » ص ١١٦.

« والسنة في المرتد مخالفة للسنة في المشركين، والحكم فيه مخالف للحكم فيهم » ألا ترى أن امرأة لو ارتدت عن الإسلام إلى النصرانية فتزوجها مسلم لم يجز ذلك وكذلك لو تزوجها نصراني لم يجز ذلك أيضاً، ولو تزوج مسلم نصرانية جاز ذلك »

يتنافى مع ما نص عليه الدستور من أن حرية العقيدة مكفولة للجميع».

وما جاء بتقرير لجنة العدل بمجلس الشيوخ بخصوص المادة - ٦ - من قانون المواريث من اعتذار رقيق عن حذف النص على حكم ميراث المرتد في هذا المشروع اكتفاء بما أدلى به وزير العدل أمام مجلس النواب من عناية الحكومة بإعداد مشروع خاص بأحكامه ستقدمه إلى البرلمان، ولأنه لا ضرر من ترك النص على أحكامه في هذا المشروع، فكل ما لم ينص على حكمه سيبقى خاضعاً لحكم المادة - ٢٨٠ من لائحة المحاكم الشرعية ويتبع فيه أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة» **ولعل هذا الوعد كان يقصد به إعداد مشروع خاص بإهمال التشريع بخصوصه بدليل إهمال النص على حكم وصيته في قانون الوصية الذي صدر بعد قانون المواريث بسنوات!!**

وإذا خلا القانون من حكم وصية المرتد يكون المتبع فيها هو الراجح من مذهب الحنفية كما تنص المادة ٢٨٠ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المشار إليها حيث لا يزال العمل بها جارياً ولم تلغ فيما ألغى من المواد بقانون إلغاء المحاكم الشرعية - والراجح هنا مذهب الإمام - كما قيل - حيث لم يرجح أحد من الفقهاء من أهل الترجيح أحد القولين. وفي مثل ذلك يعتبر الراجح رأي الإمام وعليه تسير المحاكم إلى الآن.

ثالثاً: رجوعه عن وصيته: لا خلاف بين الفقهاء - فيما أعلم أن الوصية تصرف غير لازم في حياة الموصي، وأن له حق الرجوع عنها كلها أو بعضها في أي وقت شاء، لأنه لم يتعلق بها حق للموصى له في حياة الموصي، فلا يترتب على الرجوع فيها إلحاق الضرر بأحد، وليس للرجوع صيغة خاصة، بل إنه يتحقق بكل ما يدل على إعراض الموصي عن وصيته سواء كان بطريق النص والتصريح، أو بطريق الدلالة حسبما تفيده القرائن أو تعارفه الناس.

وهنا انقسم الرجوع إلى صريح وغير صريح[1].

فالأول: ما كان بلفظ يفيد هذا المعنى نصاً مثل. رجعت عن وصيتي، أو أبطلتها، أو تركتها، أو فسختها، أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان أو لورثتي أو ما شاكل ذلك.

والثاني: ما ليس كذلك سواء كان بقول من الموصي كقوله: بعت هذا الشيء الموصي به، أو وهبته أو تصدقت به، أو بفعل كما لو أوصى بشاة لشخص ثم ذبحها، أو بقطعة من منسوج فصلها ثوباً ولبسه، أو بمقدار من الغزل فنسجه، أو بقطعه من الذهب أو الفضة فصاغها حلية.

والفقهاء مع اتفاقهم على تنوع الرجوع إلى صريح وغيره مختلفون في الأفعال التي يتحقق بها الرجوع دلالة ما بين موسع ومضيق.

ففقهاء الحنفية وسعوا دائرته فقالوا: إنه يتحقق بكل تصرف يزيل ملك الموصي عن الموصى به، أو يكون استهلاكاً له، أو يحدث فيه زيادة لا يمكن تسليمه بدونها أو يكون خلطاً للموصى به بغيره بحيث يكون تمييزه متعذراً أو متعسراً، كما يتحقق بتغير الموصى به حتى يزول اسمه ومعظم صفاته سواء كان هذا التغيير بفعل الموصي أو بلا فعل من أحد[2].

---

(١) راجع الشرح الكبير للمالكية جـ ٤ ص ٤٢٨ وما بعدها، وتحفة المحتاج للشافعية جـ ٦ ص ٧٦ وما بعدها، والمغني لابن قدامة الحنبلي جـ ٦ ص ٦٧ وما يليها وللحنفية كتاب البدائع جـ ٧ ص ٣٧٨، والزيلعي جـ ٦ ص ١٨٦، ورد المحتار جـ ٥ ص ٦٤٦.

(٢) التغيير بلا صنع أحد هو الذي سماه صاحب البدائع رجوعاً بطريق الضرورة ومثل له: بما لو أوصى بهذا العنب فصار زبيباً، أو بهذا السنبل فصار حنطة، وعلل ذلك بأن هذا التغيير الحادث في حياة الموصي يجعل الموصي به شيئاً آخر غير ما أوصي به مما يتعذر معه تنفيذ الوصية فيثبت الرجوع ضرورة فتبطل الوصية، قال ذلك بعد أن قسم الرجوع إلى ثلاثة أقسام: ١ ـ رجوع قولي صريح ـ ٢ ـ رجوع فعلي أو دلالة ـ ٣ ـ رجوع ثابت بطريق =

ويوافقهم في ذلك الشافعية والحنابلة، بل إنهم توسعوا أكثر من الحنفية حيث جعلوا بعض التصرفات رجوعاً في حين أن الحنفية لم ينصوا عليها . من ذلك . أن الموصي إذا عرض الموصي بهللبيع أو أوصى ببيعه ولم يبع، أو أوصى بهبته أو رهنه ولم يوهب ولم يرهن، أو وكل شخصاً بشيء منها كان هذا رجوعاً عن الوصية كما جاء في تحفةالمحتاج والمغني.

والمالكية ضيقوا دائرته فقصروه على فعل الموصي الذي يكون استهلاكاً للموصى به، أو يغيره تغييراً تاماً، أو تصرفه الذي يخرجه عن ملكه بشرط عدم رجوعه إليه مرة أخرى ولو بسبب جديد[1].

أما خلطه بغيره على أي وجه، أو فعل ما يوجب الزيادة فيه، أو تغيره بنفسه[2] من غير صنع أحد فلا تبطل به الوصية عندهم، ولعل تضييق المالكية هذا راجع إلى أنهم توسعوا أكثر من غيرهم في طريقة إنشاء التبرعات ومنها الوصية، فجوزوها بالمعدوم وللمعدوم مطلقاً، ولم يشترطوا في صحتها القدرة

= الضرورة، ويوافق الحنفية في الحكم ببطلان الوصية بهذا التغيير الحنابلة كما جاء في المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٦٧ ففيه: «وإذا حدث بالموصي به ما يزيل اسمه من غير فعل الموصي مثل أن سقط الحب في الأرض فصار زرعاً أو انهدمت الدار فصارت فضاء في حياة الموصي بطلت الوصية بها، لأن الباقي لا يتناوله الاسم، وإن كان انهدام الدار لا يزيل اسمها سلمت إليه دون ما انفصل منها لأن الاسم حين الاستحقاق يقع على المتصل دون المنفصل ويتبع الدار في الوصية ما يتبعها في البيع» اهـ.

(١) جاء في الشرح الكبير جـ ٤ ص ٤٣٠، إن بيع الموصي به يبطل الوصية، وفيه إذا أوصى بشيء معين فباعه ثم اشتراه أو ملكه ولو بإرث له فلا تبطل وأخذه الموصى له.

(٢) فهم يفرقون بين تغير الموصي به حتى يزول اسمه إذا كان بفعل الموصي وبين ما إذا كان بدون فعله فيجعلون الأول رجوعاً دون الثاني بدليل تمثيلهم لما يكون رجوعاً: بما إذا أوصى بفضة فصاغها، أو بقماش ففصله ثوباً ولبسه، أو بغزل فنسجه أو بزرع فحصده ودرسه وصفاه المرجع السابق ص ٤٢٩.

على تسليم محل العقل، كما جعلوا الأصل في تلك التبرعات عدم جواز الرجوع فيها، ولما اضطروا إلى تجويزه في الوصية لم ينسوا أصولهم السابقة، فاعتبروا الوصية بعد وجودها صحيحة قائمة حتى يوجد ما يدل على بطلانها دلالة قوية من قول صريح، أو عرف صحيح، أو قرينة واضحة.

والقانون بعد أن جعل جواز الرجوع عن الوصية أصلا فيها نحى منحى المذهب المالكي في التضييق والاحتياط كما صرحت به المادتان الثامنة عشرة والتاسعة عشرة.

هذا عرض إجمالي لموقف الفقهاء من الرجوع عن الوصية، ومنه يتبين أنهم متفقون في مواضع، ومختلفون في أخرى.

أما الأول: فقد اتفقوا على أن الرجوع عن الوصية يتحقق بما يلي:

أولاً: بالقول الصريح. كرجعت عن وصيتي، أو ألغيتها وما شاكل ذلك من العبارات لعدم اللبس في دلالته، وبه أخذ القانون.

ثانياً: بكل فعل يخرج الموصى به عن ملك الموصي[1]. كبيعه، أو هبته، أو التصدق به، أو جعله مهراً أو بدلاً في الخلع أو الطلاق على مال من التصرفات الناقلة للملكية في حياة المتصرف. وبه أخذ القانون، لأن إخراج الموصي ما أوصى به عن ملكه وقطع صلته به يدل في عرف الناس على أنه قصد بذلك الرجوع عن وصيته وإبطالها.

لأننا لا نستطيع التوفيق بين التصرفين، فالبيع مثلا يفيد تمليك المشتري

---

(١) ولو عاد ذلك الشيء إلى ملكه مرة ثانية لا تعود الوصية الأولى سواء كان العود بسبب جديد أو بفسخ التصرف، وخالف المالكية فقالوا بعود الوصية في هذه الحالة كما نقلنا لك عنهم فيما سبق، ولا أدري لهم وجها في ذلك.

العين المبيعة في الحال، والوصية تفيد تمليكها للموصى له بعد الوفاة، فهذان تمليكان أحدهما ناجز، والآخر مؤجل إلى ما بعد الموت، وإذا تعذر التوفيق كان الثاني ناسخاً للأول ومبطلاً له.

فمن هنا قرروا فيما إذا تصرف في الموصى به بوصية أخرى لغير الموصى له أولاً: إنه إذا لم يمكن التوفيق والجمع بين الوصيتين ـ كأن يقول في وصيته الثانية: ما أوصيت به لمحمود هو وصية لإبراهيم ـ تبطل الوصية الأولى إذا كان الثاني ممن تصح الوصية له، لأن المتأخر ينسخ المتقدم إذا تعذر الجمع بينهما فيكون الإيصاء الثاني رجوعاً عن الوصية الأولى. والفقهاء يعدون هذه الصيغة من الرجوع الصريح كما سبق.

أما إذا كان الموصى له الثاني ممن لا تصح الوصية له بأن كان ميتاً مثلاً فلا يكون ذلك رجوعاً عن الأولى، وإذا لم يعد الوصية الأولى في وصيته الثانية لا يكون رجوعاً عن الوصية الأولى فتبقى صحيحة لعدم التنافي. وإمكان الجمع بينهما بطريق تشريك الموصى لهما فيها.

والأصل في الكلام إعماله متى أمكن، وبهذا أخذ القانون أيضاً، حيث جعل الفعل الذي يخرج الموصى به عن ملك الموصي رجوعاً عن الوصية دلالة لا يحتاج إلى قرينة أخرى تدل على أنه أراد به الرجوع.

ثالثاً: بكل فعل يعد استهلاكاً للموصى به، كما إذا أوصى لآخر ببقرة، ثم ذبحها، فإن هذا العمل يدل دلالة قوية على الرجوع عن الوصية، لأن البقرة بعد ذبحها لا تبقى عادة حتى يحين موعد تملك الموصى له، فإقدام الموصى على هذا الفعل دليل على قصده إبطال الوصية.

وبهذا أخذ القانون، وإن لم ينص عليه بخصوصه ولكنه ينطوي تحت الضابط

العام المصرح به في المادة الثامنة عشرة[1].

وأما الفعل الذي يغير اسم الموصى به ويبدل معظم صفاته، كما إذا غزل القطن الموصى به، أو نسج الغزل الموصى به، أو فصل قطعة المنسوج الموصى بها فإنه يكون رجوعاً باتفاق المذاهب الأربعة كما نقلناه فيما سبق، لأنه يكون إفناء للموصى به في المعنى، حيث تبدلت حقيقته وصارت في عرف الناس شيئاً آخر فيلحق بالنوع السابق في عدم حاجته إلى دلالة شيء آخر من قرينة أو عرف.

ولكن القانون لم يجعل هذا الفعل رجوعاً إلا إذا دلت قرينة أو عرف على أنه قصد به الرجوع عن الوصية:

ولعل ملحظ المشرع في ذلك أن الفعل في حد ذاته لا يدل على أن الموصي قصد الرجوع عن الوصية، لأنه كما يحتمل ذلك يحتمل أنه قصد إلى نفع الموصي له به، فبدل أن يملكه غزلاً أراد أن يملكه إياه منسوجاً زيادة في نفعه. وإذا وجد هذا الاحتمال احتجنا إلى قرينة أخرى ترجح قصد الرجوع.

وكما اتفقوا على أن الرجوع يتحقق بالتصرفات السابقة اتفقوا على أن بعض التصرفات الأخرى لا تكون رجوعاً وهي:

أولاً: التصرفات التي لا تخرج العين عن الملك: كإجارة العين الموصي بها أو إعارتها مثلاً، لعدم المنافاة بين هذه التصرفات وبين الوصية.

ثانياً: التصرفات في أمر تابع للموصي به. كما إذا أوصى بدار فزاد أو

---

(١) ونصها «يجوز للموصي الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة ويعتبر رجوعاً عن الوصية كل تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها، ومن الرجوع دلالة كل فعل أو تصرف يزيل ملك الموصي عن الموصي به».

نقص في بنائها، أو رمم جدرانها أو جصصها وزيتها، أو أوصى بشاة فجز صوفها أو حلب لبنها.

أما الثانية: فقد اختلفوا في بعض التصرفات، فعدها بعضهم رجوعاً في حين لم يعتبرها فريق آخر دالة على الرجوع إلا إذا وجدت معها قرينة أخرى تدل على أنه قصد بها الرجوع: وهي جحود الوصية. وخلطها بغيرها بحيث يتعذر تمييزها، وإحداث زيادة بالعين الموصي بها لا يمكن تسليمها بدونها.؛

أما جحود الوصية: بمعنى إنكار حصولها في الماضي. كأن يقول: أنا لم أوص بشيء. أو يقول عندما تعرض عليه وصيته: لا أعرف هذه الوصية، أو لم تصدر مني. أو يقول أمام شهود: اشهدوا أني لم أوص لفلان لا بقليل ولا بكثير. فقد اختلف الفقهاء على رأيين منصوص عليهما في مذهبي[1] الحنفية والحنابلة.

الأول: أنه يعتبر رجوعاً عن الوصية فتبطل به، لأنه نفى لها في الماضي والحال فيكون أبلغ في رفضها من الرجوع الذي هو نفي لها في المستقبل فقط ولأنه يدل على عدم رضاه بإيصال الموصي به إلى الموصى له، وهل الرجوع الصريح يفيد أكثر من ذلك.

الثاني: أنه لا يعتبر رجوعاً، لأنه عقد كسائر العقود لا يبطل بالجحود والإنكار، لأن حقيقة الجحود إنكار لوقوع الوصية في الماضي، ويلزمه إنكارها في الحال والمستقبل، وإنكار الوقوع في الماضي كذب مخالف للواقع

(١) راجع البدائع جـ ٧ ص ٣٨٠، والزيلعي جـ ٦ ص ١٨٧، والمغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٦٨ ففيه إن جحد الوصية لم يكن رجوعاً في أحد الوجهين وهو قول أبي حنيفة في إحدى الروايتين لأنه عقد فلا يبطل بالجحود كسائر العقود، والثاني يكون رجوعاً لأنه يدل على أنه لا يريد إيصاله إلى الموصى له.

فيكون باطلاً، فيلغو ما هو من لوازمه، فتبقى الوصية كما هي صحيحة.

على أن حقيقة الجحود تغاير حقيقة الرجوع فلا ينوب أحدهما عن الآخر، إذ الرجوع معناه اعتراف بحصول الوصية في الماضي وإبطالها في الحاضر والمستقبل، والجحود إنكار لوجودها في الماضي والحاضر والمستقبل، فلو جعل الجحود رجوعاً لدل على وجود الوصية وعدمها في الماضي وهو تناقض.

هكذا وجه الفقهاء كلا من الرأيين، وقد تكلفوا كثيراً في توجيه الرأي الثاني، لأن من قال: إن الجحود يعتبر رجوعاً لم يدع أن حقيقتهما واحدة حتى يقال له: إن حقيقتهما متغايرة، وإنما يقصد أن هذا اللفظ يستعمل مجازاً في الرجوع لما بينهما من العلاقة،وهي دلالة كل منهما على النفي والإنكار، وإن كان هذا في الماضي والمستقبل، وذاك في المستقبل فقط، واللفظ المجازي مستعمل في غير ما وضع له، ولا يراد منه عند هذا الاستعمال معناه الحقيقي حتى يقال: إنه لو دل لكان تناقضاً لدلالته على حصولها في الماضي، وعدم حصولها فيه.

ومنطق الموازنة بين الأدلة يقضي بترجيح الرأي الأول، لأن الإنكار لوجود الوصية مطلقاً ينادي بأن صاحبها لا يريد تنفيذها، فعبر عن مراده أبلغ تعبير، **ومع رجحان هذا الراي من جهة الدليل لم يأخذ به القانون**، وأخذ بالرأي الآخر، فلم يعتبره رجوعاً إلا إذا وجد ما يدل على أنه قصد به الرجوع من قرينة أو عرف.

والسبب في عدول القانون عن هذا الرأي ـ على ما يظهر لي ـ أنه ضيق دائرة الرجوع فجعل ما اختلف الفقهاء في كونه رجوعاً موكولاً إلى دلالة القرينة أو العرف للاحتياط، بل جعل بعض صور ما اتفق الفقهاء على كونه رجوعاً إذا وجد احتمال أنه لا يقصد الرجوع من صور عدم الرجوع، كما إذا غير الموصى به تغييراً تاماً كنسج الغزل وما شابهه.

ولأنه من ناحية أخرى شرط في سماع دعوى الرجوع القولي أن يكون ثابتاً بالكتابة بطريقة خاصة بينتها المادة الثانية منعاً للدعاوى الكاذبة، واكتفى في الرجوع الفعلي بثبوته بكافة طرق الاثبات الأخرى، لأنها وقائع مادية تقل فيها شبهة الاختلاق والكذب،، فلو اعتبر مجرد الجحود رجوعاً عن الوصية من غير قرينة أخرى تدل عليه لفتح بابا أمام المنكرين للوصايا من الورثة الراغبين في إبطالها يصعب سده، لأن كل واحد لا يعدم أن يجد شهود زور يؤازرونه في دعواه الباطلة.

وعندي أن المشرع لو جعله رجوعاً عن الوصية من غير حاجة إلى قرينة خارجية، وشرط في سماع دعوى الرجوع به وجود مسوغ كتابي يثبته كما شرط في الرجوع القولي الصريح لكان أحسن وأحوط مما فعله، لأنه لا يخرج عن كونه رجوعاً قولياً.

وأما الفعل الذي يحدث بالموصي به زيادة يتعذر تسليمه بدونها.

كما لو أوصى بدار فزاد في بنائها، أو أوصى بقطعة أرض فضم إليها قطعة أخرى وأقام عليها عمارة، أو أوصى بثوب فصبغه، أو غرس أشجاراً في الأرض الموصي بها - فقد اعتبره بعد الفقهاء رجوعاً عن الوصية، لأنه يتعذر معها تسليم الموصي به للموصى له عندما يحين وقت تملكه.

ومثله في ذلك خلط الموصي به بغيره بحيث يتعذر تمييزه أو يتعسر، كما لو أوصى بمقدار من القمح فخلطه بقمح آخر، أو أوصى بعدد من غنمه معيناً ثم خلطه ببقية أغنامه التي تشبهها.

فاقدام الموصي على هذا التصرف ظاهر في قصده الرجوع عن الوصية وإبطالها، لأن من يريد تنفيذ وصيته لا يضع العراقيل في طريق وصول الموصى له إليها بخلطها بغيرها أو بإحداث زيادة تمنع من تسليمها وحدها.

ومن ذهب إلى ذلك فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة.

وخالفهم المالكية. فلم يعتبروا هذا التصرف رجوعاً عن الوصية بدون قرينة خارجية تدل على أنه قصد به الرجوع. فإذا لم توجد قرينة ولا عرف يدل على ذلك تبطل الوصية، ولعل ملحظهم في هذا ما قدمناه من أنهم لا يشترطون لصحة التبرعات القدرة على التسليم.

ولأن هذه الأفعال لم تعدم الموصي به، بل هو باق بعدها وإن كان مختلطاً بغيره.

وقد أخذ القانون بهذا الرأي فلم يعتبر شيئاً من ذلك رجوعاً عن الوصية إلا إذاوجدت قرينة خارجية،أو عرف يدل على أن الموصي قصد به الرجوع، كما هو صريح المادة التاسعة عشرة[1].

هذا ولما لم يعتبر القانون إحداث الزيادة بالموصي به رجوعاً عن الوصية، وكانت صورها عديدة خصها بمزيد من البيان في خمس مواد من مواده بين فيها أنواعها وأحكامها.

وقبل أن نتكلم على أحكام الزيادة ننبه إلى أن القانون بعد اعتباره ا لرجوع عن الوصية بنوعيه الصريح والدلالي شرط في سماع دعوى الرجوع القولي الصريح عند الإنكار بعد الوفاة: أن يكون ثابتاً بدليل كتابي يختلف تبعاً لتاريخ الوصية أوالرجوع عنها، ففي الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ م يكفي وجود أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى، وأما الحوادث الواقعة من أول سنة ١٩١١ فلا بد من وجود ورقة رسمية، أو ورقة مكتوبة

---

(١) ونصها « لا يعتبر رجوعاً عن الوصية جحدها ولا إزالة بناء العين الموصي بها، ولا الفعل الذي يزيل الموصي به، أو يغير معظم صفاته، ولا الفعل الذي يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها، إلا إذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصي يقصد بذلك الرجوع عن الوصية.

كلها بخط المتوفى المدعي رجوعه وعليها إمضاؤه: أو ورقة بالرجوع عليها إمضاء صاحب الوصية مصدقاً عليه.

وقد قدمنا شرح ذلك، وبيان الحكمة من اشتراطه عند الكلام على ما شرطه القانون لسماع دعوى الموصية، أما الرجوع الفعلي الدلالي فلم يشترط في سماع دعواه شيئاً، بل تركه لطرق الإثبات الأخرى، لأنها حوادث مادية ليس للتزوير فيها مجال.

الزيادة في الموصي به

عرض القانون لزيادة الموصي به الناشئة عن فعل الموصي، وفصل أحكامها في الأرض والبناء والغراس في المواد[1] من ٧١ - ٧٥، ومنها يعلم حكم الزيادة في غيرها من المنقولات.

ومسلك القانون يتلخص في أمور.

---

(١) ونصها مادة ٧١ - إذا غير الموصي معالم العين الموصي بها أو زاد في عمارتها شيئاً مما لا يستقل بنفسه كالمرمة والتجصيص كانت العين كلها وصية.

وإن كانت الزيادة مما يستقل بنفسه كالغراس والبناء شارك الورثة الموصى له في كل العين بقيمة الزيادة قائمة.

مادة ٧٢ - إذا هدم الموصي العين الموصي بها وأعاد بناءها على حالتها الأولى ولو مع تغيير معالمها كانت العين بحالتها الجديدة وصية.

وإن اعاد البناء على وجه آخر اشترك الورثة بقيمته مع الموصى له في جميع العين

مادة ٧٣ - إذا هدم الموصي العين الموصي بها وضم الأرض إلى أرض مملوكة له وبنى فيها اشترك الموصى له مع الورثة في جميع الأرض والبناء بقيمة أرضه.

مادة ٧٤ - استثناء من أحكام المواد ٧١ فقرة ثانية، ٧٢ فقرة ثانية، ٧٣ إذا كان ما دفعه الموصي أو زاده في العين يتسامح في مثله عادة ألحقت الزيادة بالوصية وكذلك تلحق الزيادة التي لا يتسامح فيها إذا وجد ما يدل على أن الموصي قصد إلحاقها بها.

مادة ٧٥ - إذا جعل الموصي من بناء العين الموصي بها ومن بناء عين مملوكة له وحده لا يمكن تسليم الموصي به منفرداً اشترك الموصي له مع الورثة بقدر قيمة وصيته

الأول: أن الزيادة تتنوع إلى نوعين .زيادة تتبع العين الموصي بها . فتصير جزءاً من الوصية، ولا توجب حقاً للورثة في تلك العين، وأخرى لا تتبع الوصية وتوجب الشركة بين الورثة والموصى له في تلك العين وزيادتها .

فالأولى: هي التي لا يمكن فصلها أو لا يكون لها قيمة إذا انفصلت كدهن الجدران والأبواب وترميم المتداعي منها، وتسميد الأرض مثلاً . وكذلك الزيادة التي لها قيمة بعدفصلها ،ولكن الناس يتساهلون فيها عادة، كبناء حجرة في سطح الدار الكبيرة أو في فنائها، وغرس شجرة أو أشجار قليلة في حديقة كبيرة .

أو كان لها قيمة ولا يتساهل الناس فيها ،ولكن وجدت معها قرينة دالة على أن الموصي قصد إلحاقها بالوصية، كما إذا هدم بناء الدار الموصي بها وأعاد بناءها على صورتها الأولى مما يعده العرف تجديداً للبناء الأول.

ففي هذه الصورة تكون الزيادة مع العين الموصي بها وصية لا حق للورثة فيها .

الثانية: هي الزيادة التي يكون لها قيمة بعد فصلها ولا يتساهل الناس فيها . ولم توجد قرينة تدل على إلحاقها بالوصية . كما إذا بنى في الأرض الموصي بها، أو زاد طبقة في بناء دار مكونة من طبقات، أو غرس أشجاراً كثيرة في أرض موصى بها، أو هدم بناء الدار وأعاده مما يوجب زيادة قيمتها .

وهذه الزيادة توجب الشركة بين الورثة والموصى له فيشترك الورثة بقيمة هذه الزيادة .

الثاني: إن ما كان تابعاً للعين الموصي بها من بناء أو أشجار إذا انفصل عنها في عملية الزيادة تلغى تبعيته للوصية، لأن التابع يكون تابعاً في حالة اتصاله فقط فإذا انفصل زالت تبعيته .

فإذا كانت الوصية داراً وهدمها الموصي وجدد بناءها على شكل آخر، فإن الشركة تثبت في الدار الجديدة للورثة بقيمة البناء قائماً، والموصى له بقيمة الأرض، والأنقاض تكون للورثة، لأنها خرجت عن الوصية بانفصالها بالهدم، ومثل ذلك يقال في الأشجار المقلوعة.

الثالث: إن إعادة البناء بعد هدمه إن كان على الشكل الأول بحيث يعتبر في العرف تجديداً للموصي به فلا تثبت به الشركة، وإن زاد في قيمة الدار وغلتها وإن لم يكن إعادة للأول تثبت به الشركة.

الرابع: إن البناء والغراس في الأرض الموصي بها لا يعتبر تعدياً من الموصي فتعتبر قيمته قائماً، فإذا وقعت الشركة في أرض عليها بناء جديد كان للموصى له نصيباً بقيمة الأرض، وللورثة نصيباً بقيمة البناء قائماً.

وعلى ضوء هذه الأسس يمكن تخريج أحكام صور الزيادة المختلفة.

فإذا أوصى بدار فتصدع بناؤها فقام بترميم جدرانها وتجصيصها وتحسينها ثم مات فإن الدار تكون كلها وصية ولا حق للورثة فيها، لأن تلك الزيادة لا قيمة لها وحدها إذا أمكن فصلها، والموصي حينما فعلها لم يقصد بها إلا إصلاح العين الموصي بها.

وإذا زاد بعد هذا الإصلاح طبقة أخرى من البناء كانت الدار شركة بين الموصي له بقيمة الأرض والبناء الأول، والورثة بقيمة الطبقة الجديدة، بأن تقوم الدار بدون هذه الطبقة، ثم تقوم معها. والفرق بين القيمتين هو قيمة ما للورثة فتوزع الغلة بين الشركاء بنسبة ما لهم.

وإذا هدم هذا البناء ثم أعاده على شكله الأول مما يعده العرف تجديداً له كانت الدار للموصى له، ولا شركة للورثة فيها، لأن البناء على هذه الصورة لا يقصد به تشريك الورثة، لكن أنقاض البناء الأول تكون لورثة الموصي،

لأن البناء كان تابعاً للأرض وهو قائم متصل بها، فإذا انفصل بالهدم زالت تبعيته وخرج من الوصية، وإذا أعاد البناء على شكل مغاير للشكل الأول بحيث لا يعد في العرف تجديداً له كانت هذه الزيادة موجبة للشركة بين الورثة والموصى له، وللورثة نصيب بقدر قيمة البناء، وللموصى له بقدر قيمة الأرض لكن يشترط في ثبوت الشركة في هذه الحالة وأمثالها عدم وجود قرينة تدل على أن الموصي قصد بهذا البناء إلحاقه بالوصية.

وإذا كانت الوصية بدار فهدم بناءها، ثم ضم إلى أرضها أرضاً أخرى: وبنى على القطعتين داراً كبيرة. كانت الدار الجديدة شركة بين الموصي له والورثة. للموصي له بقدر قيمة الأرض الموصي له بها فقط، وللورثة بقيمة الأرض الثانية مع قيمة البناء كله.

وإذا كان للموصي داران متجاورتان فأوصى بإحداهما لشخص، ثم قام بعمارة في الدارين بأن جعلهما داراً واحدة بمرافق واحدة بحيث لا يمكن تسليم الموصي بها وحدها فإن الدار الجديدة تكون شركة للموصي له فيها بقدر قيمة وصيته. وللورثة بقدر قيمة العين الموروثة.

وكذلك يقال في الغراس والوصية بالمنقول إذا حدث فيه بعض الزيادات.

الخاتمة
في
تزاحم الوصايا

قدمنا أن الوصية إذا زادت عن ثلث التركة توقف نفاذها فيما زاد على إجازة الورثة. إن أجازوها نفذت، وإن ردوها بطلت، وإن أجازها البعض وردها الآخرون نفذت في حق من أجاز، وبطلت في حق من لم يجز، فإن لم يكن للموصي وارث من الأشخاص نفذت في جميع التركة من غير توقف. وأن الوصية التي أوجبها القانون مقدمة في التنفيذ على الوصايا الاختيارية[1].

فإذا كان للشخص وصية واحدة من هذا النوع أخذ الموصي له وصيته كاملة إذا لم يكن للموصي ورثة، أو كان له وأجازوها، فإن لم يجيزوها أخذ منها ما يعادل ثلث التركة فقط.

وإذا كان له وصايا عديدة يتسع لها ثلث التركة، أو التركة كلها عند إجازة الورثة أخذ كل واحد من الموصي لهم وصيته كاملة لا فرق بين الوصية للقربات والوصية للأشخاص واجبة كانت أو اختيارية، فإن ضاق الثلث أو كل المال في الحالتين عن الوفاء بها كلها تزاحمت فيه بحيث لا يمكن تنفيذها جميعها. **فتزاحم الوصايا إذاً لا يكون إلا عند تعددها وضيق المال المخصص لتنفيذها عن الوفاء بها** وهو يقتضي التشريك بينها لا تقدم واحدة منها على غيرها إلا إذا كانت وصية أوجبها القانون فإنها تستوفي أولاً، وما بقي بعدها تتزاحم فيه الوصايا الأخرى، وتقديم الوصية الواجبة على هذا الوجه من صنع

---

(١) المراد بالوصايا الاختيارية التي تقدم عليها الوصية الواجبة ما أنشأها الموصي ولم تكن واجبة عليه بحكم القانون سواء كانت لجهة أو لأشخاص، وسواء كانت بفرض أو واجب أو كانت تبرعاً. كما جاء بالمذكرة التفسيرية.

القانون، فهو الذي أوجبها، وأوجب تقديمها على جميع الوصايا الاختيارية كما صرحت به المادة - ٧٨ -.

فالتزاحم بين الوصايا يتنوع إلى نوعين. تزاحم فيه وصية واجبة، وتزاحم ليس فيه ذلك بل جميع وصاياه من النوع الاختياري.

فإذا كان بين الوصايا المتزاحمة وصية واجبة نفذت أولاً، فاذا استنفذت كل الثلث بطلت الوصايا الأخرى، وإن بقي منه شيء تزاحمت فيه تلك الوصايا

فاذا توفي شخص وترك ثلاثة أبناء، وأولاد ابن توفي في حياته، وكان قد أوصى لهم بثلث ماله، وأوصى لجهة خيرية بثلث المال أيضاً، ولم يجز أبناؤه الوصية بما زاد على الثلث.

ففي هذا المثال نجد الموصي قد أوصى لأصحاب الوصية الواجبة بأكثر مما أوجبه لهم القانون، لأنهم يستحقون مثل نصيب أبيهم بشرط عدم مجاوزته الثلث، ونصيب أبيهم في هذه المسألة أقل من الثلث فتنحل وصيتهم إلى وصيتين إحداهما واجبة بمقدار ما كان يستحقه أصلهم لو كان حياً، والثانية اختيارية ببقية الثلث، وإذا أضفنا الوصية للجهة الخيرية إلى هاتين الوصيتين تجمعت معنا وصايا ثلاث تتزاحم في الثلث حيث رد الورثة ما زاد عنه، فتنفذ الوصية الواجبة أولاً، وما بقي من ثلث التركة يقسم بين الوصيتين الاختياريتين.

وطريقة استخراج الوصية الواجبة عرفناها فيما سبق، وخلاصتها: أن نفرض أصل أصحاب الوصية الواجبة حياً، وتقسم التركة على الورثة ومعهم هذا الشخص المفروض حياته، فإذا عرفنا مقدار نصيبه وازناه بثلث التركة فان كان مساوياً له أو أقل منه أعطي لأولاده، وإن كان أكثر منه أعطي لهم مقدار

الثلث فقط.

فإذا لاحظنا مع ذلك أن تقسيم التركة بين الورثة لا يكون إلا بعد إخراج الوصية، لأنها مقدمة على الميراث وجب علينا عند وجود وصية اختيارية مع الوصية الواجبة أن نزيد خطوة أخرى تسبق تلك الخطوات السابقة: وهي اقتراض نفاذ الوصية الاختيارية في هذه الحالة، فنطرح مقدارها إذا كانت في حدود ثلث التركة قبل تقسيمها.

لأننا لو لم نفعل ذلك وقسمناه ابتداء على الورثة بما فيهم أصحاب الوصية الواجبة، ثم أعطيناهم نصيب أصلهم للزم عليه أن يأخذوا أكثر من نصيب ذلك الأصل لو كان حيا، لأنه لو كان موجوداً عند وفاة المورث لأخذ نصيبه بعد إخراج الوصية الاختيارية، ففراراً من هذا المحظور يجب اتباع الخطوات الآتية لاستخراج مقدار الوصية الواجبة في هذه الحالة.

١ ـ نطرح مقدار الوصية الاختيارية إذا كانت في حدود الثلث من التركة أولا مفترضين نفاذها.

نفترض حياة أصل أصحاب الوصيةالواجبة أبا كان أو أما.

٣ ـ تقسم التركة على الورثة ومعهم ذلك الأصل المفروض حياته لمعرفة مقدار نصيبه.

٤ ـ إذا عرفنا مقدار نصيبه ووجدناه أكثر من الثلث[1] كانت الوصية بمقدار الثلث فقط،وإن كان مساوياً له أو أقل منه أعطي هذا النصيب لأولاده وما بقي من الثلث يعطي لأصحاب الوصايا الاختيارية.

ففي المثال السابق لو كانت التركة ٩٠ فداناً قسمنا ثلثها وهو ٣٠ فداناً

---

(١) المراد ثلث كل التركة لأنه الذي يخرج منه الوصية في هذه الحالة.

على الوصايا الثلاثة، نخرج منها الوصية الواجبة بأكملها، وما بقي بعدها يقسم بين الوصيتين بنسبة سهامها . ولبيان هذا نطرح أولاً ثلث التركة وهو ٣٠ فداناً باعتباره مقدار الوصية الاختيارية النافذة، ثم نفرض وجود الإبن الميت، ونقسم الباقي وهو ٦٠ فداناً على الأبناء الأربعة، فيكون نصيب الإبن المفروض حياته ١٥ فداناً، وهو أقل من ثلث التركة، فيعطي لأولاده على أنها وصية واجبة وبمقارنة مقدار هذه الوصية بالتركة نجده مساوياً لسدسها، فيكون الباقي للوصايا الاختيارية هو سدس التركة فقط، فيقسم بين الوصيتين بنسبة ١/٦ : ١/٣ أي بنسبة ١ : ٢ فيعطي لأولاد الإبن ٥ أفدنة أخرى وصية اختيارية، ويعطي للجهة الخيرية ١٠ أفدنة فيكون توزيع الوصايا كالآتي:

١٥ فداناً لأولاد الإبن وصية واجبة.
٥ أفدنة لأولاد الإبن وصية اختيارية
١٠ أفدنة للجهة الخيرية وصية اختيارية
فيكون المجموع ٣٠ فداناً.

والباقي وهو ٦٠ فداناً يكون ميراثاً توزع بين الأبناء الثلاثة، فيأخذ كل واحد منها ٢٠ فداناً.

وأما تتزاحم الوصايا الاختيارية وحدها: فلا يخلو. إما أن تكون هذه الوصايا كلها للعباد. كأن يوصي لكل من محمد ومحمود وإسماعيل وصية مستقلة بسهم من التركة. أو بمبلغ من المال، أو بعين منها لا يتسع لها ثلث التركة أو كلها.

وإما أن تكون كلها للقربات. كأن يوصي لكل من المسجد والمستشفى وفقراء بلده والحج عنه، وما عليه من زكاة ببعض ماله. سواء عين لكل قربة منها مقداراً معيناً، أو سهماً شائعاً، أو لم يعين شيئاً من ذلك.

وإما أن يكون بعضها للعباد وبعضها الآخر للقربات: كأن يوصي بمقدار من المال للمسجد والحج عنه، وما عليه من كفارات، ولأولاد أخيه.

فإذا كانت الوصايا المتزاحمة كلها للعباد، فإن كان التزاحم في ثلث التركة قسم ذلك الثلث بين أرباب الوصايا بالمحاصة بنسبة سهام وصاياهم، وإن كان في التركة كلها قسمت التركة بينهم أيضاً بنسبة سهامهم، سواء أكانت السهام معلومة من أصل الوصايا، كما لو أوصى لواحد بثلث ماله، ولآخر بنصفه. ولثالث بثلثيه. أم كانت غير معلومة، كما لو أوصى لواحد بمائتي جنيه ولآخر بدار معينة. ولثالث بمرتب خمسة جنيهات كل شهر طوال حياته. ولرابع بالانتفاع بأرض معينة مدة عشرين عاماً، لأنها إذا لم تكن سهامها معلومة قدرت الوصايا بالطرق التي عرفناها في تقدير الوصايا بالأعيان والمنافع. والمرتبات. والنقود المرسلة، وبعد هذا التقدير تنسب كل وصية على حدة إلى التركة لتعرف نسبتها إليها فتؤول هذه الوصايا إلى وصايا بسهام مقدرة من التركة.

فلو تزاحم في الثلث وصية بربع ماله. وأخرى بثلثه، وثالثة بنصفه قسمنا ثلث التركة بينها بالمحاصة بنسبة هذه السهام، فنستخرج المضاعف البسيط لمقام هذه الكسور، وهو في هذا المثال ١٣، ربعها ٣، وثلثها ٤، ونصفها ٦ فيكون مجموع سهام الوصايا ٣ + ٤ + ٦ = ١٣ تقسم ثلث التركة.

ولو تزاحم في كل التركة وصية بربع المال، وأخرى بنصفه، وثالثة بالمال كله قسمت التركة عليها بالمحاصة بنسبة ١ : ٢ : ٤ : فيكون مجموع السهام ٧ تقسم التركة عليها، فيأخذ الأول منها ١/٧، والثاني ٢/٧، والثالث ٤/٧.

ويلاحظ هنا أولاً: أنه إذا كانت إحدى هذه الوصايا بعين معينة أخذ الموصي له بها سهمه منها لا من غيرها، لأن الموصي عين حقه في تلك العين فلا

تتجاوزها تنفيذاً لإرادته بقدر الإمكان، جاء بيان ذلك بالمادة الثمانين[1].

ثانياً: إذا وجد بين الوصايا المتزاحمة وصية مؤقتة بمرتب لشخص أو لجهة ثم مات الشخص الموصي له كان نصيبه لورثة الموصي، لأن الوصية بالمرتب تنتهي بموت صاحبها، فينتقل ما بقي من الوصية إلى ورثة الموصي، وكذلك لو كانت الوصية بمرتب لجهة من جهات البر، ثم انقطعت هذه الجهة قبل انتهاء مدة الوصية، جاء بيان ذلك بالمادة الثانية والثمانين[2].

ثالثاً: إن الحكم بتقسيم الوصايا عند التزاحم بالمحاصة بنسبة سهام وصاياهم متفق عليه بين الفقهاء عدا صورة واحدة، وهي ما إذا كان التزاحم في الثلث وكان بعض الوصايا بمفردها أكثر من الثلث، ولم تكن بشيء معين، ولا بنقود مرسلة، وامتنع الورثة عن إجازتها، فقد خالف فيها أبو حنيفة فقال: إن الوصية التي تزيد على الثلث تنقص إلى الثلث، وتصير كأنها وردت كذلك من أول الأمر، ثم يقع التزاحم والتقسيم بين الوصايا على هذا الأساس.

فلو أوصي لشخص بكل المال، ولآخر بنصفه، ولثالث بثلثه، ولم يجز الورثة الزيادة قسم الثلث بين هؤلاء الثلاثة مثالثة، فيأخذ كل واحد منه ثلثه، لأن الموصي له بالكل جعل كأنه موصي له بالثلث، وألغيت الزيادة، وكذلك الموصي له بالنصف.

ولو أوصي لواحد بنصف المال، ولآخر بسدسه، ولم يجز الورثة قسم الثلث

---

(١) ونصها «إذا زادت الوصايا عن ثلث التركة وأجازها الورثة وكانت التركة لا تفي بالوصايا أو لم يجيزوها وكان الثلث لا يفي بها قسمت التركة أو الثلث على حسب الأحوال بين الوصايا بالمحاصة، وذلك مع مراعاة ألا يستوفي الموصى له بعين إلا من هذه العين».

(٢) ونصها «إذا تزاحمت الوصايا بالمرتبات ومات بعض الموصي لهم أو انقطعت جهة من الجهات الموصى لها بالمرتب كان نصيبها لورثة الموصي».

بينهما بنسبة الثلث إلى السدس، أي بنسبة ٢ : ١ ، فيأخذ الموصي له بالنصف ثلثي الثلث، والموصي له بالسدس ثلثه . ووجهة الإمام في ذلك . أن الوصية بما زاد على الثلث عند عدم إجازة الورثة تقع باطلة لعدم إمكان تنفيذها بحال من الأحوال سواء أكانت وحدها أم مع غيرها .

وعلى هذا لا يعتبر عند التزاحم إلا الوصية بما يمكن تنفيذه في الجملة، أي في حالة الانفراد .

وأما صاحباه ومعهم جمهور الفقهاء فقد قالوا : إن تلك الوصية صدرت بإرادة الموصي، وقصد بها أمرين ـ ١ ـ إستحقاق الموصي لهم جزءاً من حق الورثة، وهو ما زاد على الثلث ٢ ـ التفضيل بين الموصي لهم، فإذا تعذر تحقيق الغرض الأول لعدم إجازة الورثة فلا أقل من أن نعمل على تحقيقه في الشطر الثاني، وهو التفضيل بين الموصي لهم، **ولا شك في أن هذا أقرب إلى العدل من الأول .**

ولقد عدل القانون عن رأي أبي حنيفة بعد أن كان معمولاً به في المحاكم قبل العمل به باعتباره الرأي المفتي به في المذهب الحنفي، عدل عنه وأخذ برأي صاحبيه ومن وافقهم لوضوحه وسهولة تطبيقه كما تقول المذكرة التفسيرية .

وإذا كانت الوصايا المتزاحمة كلها للقربات فلا يخلو، إما أن تكون كلها من نوع واحد، أو تكون من أنواع مختلفة، فإن كانت من نوع واحد، كالوصايا بالفرائض من الحج والزكاة وفدية الصوم، أو بالواجبات، كالأضحية وصدقة الفطر والنذور، أو التطوع، كالوصية بإنشاء مسجد، او التصدق على الفقراء .

وفي حالة الاتحاد يقسم الثلث أو التركة كلها بين الوصايا بالمحاصة بنسبة السهام إذا عين سهاماً، كالثلث والربع لكل جهة، أو عين مقداراً من المال لكل

منها كما سبق بيانه.

فإذا لم يعين سهاماً ولا مقادير فإنه يقسم بينها بالتساوي عملا برأي زفر[1] من الحنفية كما تقول المذكرة التفسيرية لاستواء تلك الجهات في درجتها وسبب استحقاقها، وعدم وجود ما يدل على تفضيل بعضها على البعض الآخر.

وإنما أخذ القانون برأي زفر لسهولة تطبيقه، ولأنه أقرب إلى تحقيق غرض الموصي الذى لو قصد تقديماً أو تفضيلاً لبينه.

فلو أوصى بنصف ماله للحج عنه وما عليه من الزكاة، ولم يجز الورثة ما زاد على الثلث قسم الثلث بين الحج والزكاة مناصفة. فيصرف نصفه للحج عنه، ونصفه الآخر لما عليه من زكاة.

وإذا اختلفت درجاتها بأن كان بعضها فرائض، وبعضها واجبات وبعضها تطوع، وضاق ما تنفذ فيه الوصايا عن الوفاء بالكل، ولم يكن الموصي رتب بينها قدمت الفرائض على الواجبات وما دونها، فيقسم المال بينها بالتساوي إذا لم يكن في كلام الموصي تحديد لكل جهة بسهم خاص أو بمقدار معين، فإذا استنفدت الفرائض المقدار كله بطلت الوصايا الأخرى. وإن بقي من الفرائض شيء صرف لما بعده، وهكذا.

---

(١) هناك رأيان آخران. أحدهما، إنه يقدم في التنفيذ ما بدأ به الموصي في كلامه، فإن فضل منه شيء صرف لما بعده، وهكذا حتى ينتهي المقدار المخصص لتنفيذ الوصية وهو رواية عن الإمام وصاحبيه.

وثانيهما: إنه يقدم الأقوى في القربه أو الثبوت. وهو رواية أخرى في المذهب الحنفي راجع البدائع جـ ٧ ص ٢٧١. والرأي الثاني هو مشهور مذهب مالك أيضاً كما جاء في المنتقى شرح الموطأ جـ ٦ ص١٦٠.

ففيه « قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة وغيرها لا ينظر إلى ما قدمه الميت بالذكر في كتاب وصيته وإنما يبدأ بالأوكد فالأوكد».

جاء ذلك مصرحاً به في المادة الحادية والثمانين[1] .

وإذا كانت الوصايا خليطاً من الوصايا بالقربات، والوصايا للعباد . فإن عين سهام هذه الوصايا ، أو مقاديرها قسم المال المخصص لتنفيذها بالمحاصة بنسبة هذه السهام .

وإن لم يعين لها سهاماً قسم بينها بالتساوي ، وبعد التقسيم يصرف ما يخص وصايا العباد من المعينين لهم واحداً كان أو أكثر .

وما يخص الوصايا بالقربات يجمع ويصرف بينها بالطريقة السابقة . بمعنى أنه إذا اختلفت هذه الجهات . بأن كان بعضها فرضاً ، وبعضها واجباً ، أو تطوعاً صرفت الوصايا للأقوى ثم الذي يليه .

فلو أوصى بنصف ماله للحج والزكاة وصدقة الفطر والتصدق على المحتاجين وشخص معين ، ولم يجز الورثة الزيادة قسم الثلث بين هذه الوصايا أخماساً . فيأخذ الشخص المعين نصيبه . ثم تجمع الأخماس الأربعة التي جعلت للقربات . ويصرف منها أولاً للفرائض . فإن بقي شيء صرف لما دونها من الواجبات . فإن لم يف ذلك المقدار بتنفيذ الفرائض مثلا قسم بينها بالتساوي . كما هو الأصل المقرر في ذلك . والله وحده العليم بحقائق الأمور ، بيده الخير وهو على كل شيء قدير .

---

(١) ونصها « إذا كانت الوصية بالقربات ولم يف بها ما تنفذ فيه الوصية فإن كانت متحدة الدرجات كانت متساوية في الاستحقاق . وإن تفاوتت درجاتها قدمت الفرائض على الواجبات . والواجبات على النوافل » .

القسم الثاني
في الأوقاف

وقد رتبته على مقدمة وأربعة أبواب وخاتمة:

أما المقدمة. ففي تاريخ الوقف، والأدوار التي مر بها في مصر إجمالاً.

والباب الأول: في إنشاء الوقف، التعريف به وآراء الفقهاء فيه، وأنواعه ومتى وجدت، وبيان ركنه وما يتحقق به، وما شرطه القانون في ذلك.

والباب الثاني: في شروطه في نظر الفقهاء والقانون، وما يتبع ذلك من بيان شروط الواقفين الواردة في كتب أوقافهم.

والباب الثالث: في أحكام الوقف من الرجوع عنه والتغيير فيه، واستبداله ومال البدل وما يصنع به، وطرق الانتفاع بالوقف والولاية عليه وعمارته.

والباب الرابع: في انتهاء الأوقاف الأهلية والتشريعات التي صدرت في ذلك.

والخاتمة: في بيان ما آلت إليه الأراضي الزراعية الموقوفة على جهات البر نتيجة لتشريعات الإصلاح الزراعي.

المقدمة التاريخية

الوقف من التصرفات الجديدة في الإسلام، فلم يكن العرب في جاهليتهم يعرفون نظامه، بل كانت لهم تصرفات تلتقي معه في شبه بعيد. أنكرها القرآن عليهم في شدة ﴿ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام ولكن الذين كفروا يفترون على الله الكذب وأكثرهم لا يعقلون﴾ المائدة - ١٠٣.

وفي هذا يقول الإمام الشافعي رضي الله عنه: لم يحبس أهل الجاهلية - فيما علمت - وإنما حبس أهل الإسلام.

عرفه المصريون من عصر الإسلام الأول. عصر الصحابة رضوان الله عليهم، فأخبار أوقافهم تكاد تجمع على أن نفراً منهم غير قليل حبس ما ملكه في مصر على أولادهم وعلى جهات البر. وسنذكر بعض هذه الآثار عند الكلام على تقسيم الوقف.

ويظهر أن نظام الوقف صادف هوى في نفوس المصريين فتتباعوا في حبس أموالهم على الذرية والخيرات حتى أصبح مألوفاً عندهم محبباً إلى نفوسهم، عني به قضاتهم فدونوا له الديوان الجامع لأوقاف الناس خشية ضياعها.

وأول من فعل ذلك القاضي توبة بن نمر في زمن هشام بن عبد الملك الأموي، وكانت الأحباس قبله في يد أهلها أو في يد أوصيائهم، فلما ولي

القضاء ونظر في تلك الأوقاف وقال: ما أرى مرجع هذه الصدقات إلا الفقراء والمساكين، فأرى ان أضع يدي عليها حفظاً لها من التواء والتوارث ولم يمت حتى كانت ديواناً كبيراً في سنة ١١٨ هـ.

استمر الأمر على ذلك وكلما تقدم الزمن زاد حب المصريين لها، فإذا ما لاح لهم خطر يهددها هبوا للدفاع عنها ورد العدوان عليها مهما كلفهم الأمر. وإذا منعوا من إنشائها تحايلوا عليها بشتى الطرق.

يدل لهذا ما فعلوه مع القاضي اسماعيل بن اليسع الحنفي الذي ولي قضاء مصر سنة ١٦٤ هـ في عهد الخليفة المهدي العباسي، وكان يرى رأي أبي حنيفة من عدم لزوم الوقف، وجواز رجوع الواقف عنه أو إبطاله بعد وفاته فشكوه إلى الخليفة موسطين أمامهم الليث بن سعد فعزله الخليفة.

جاء في خطط المقريزي: قال ابن يونس: قدم اسماعيل بن اليسع قاضياًبعد ابن لهيعة وكان من خير قضاتنا غير أنه كان يذهب إلى قول أبي‌حنيفة، ولم يكن أهل مصر يعرفون مذهب أبي حنيفة، وكان مذهبه إبطال الأحباس فثقل أمره على المصريين وسئموه.

وقال ابن عبد الحكم: حدثنا أبي قال: كتب فيه الليث بن سعد إلى أمير المؤمنين يقول له: يا أمير المؤمنين إنك وليتنا رجلاً يكيد سنة رسول الله بين أظهرنا مع أننا ما علمنا عليه في الدينار والدرهم إلا خيراً، فكتب بعزله فعزل في سنة ١٦٧ هـ.

وما حدث في عهد محمد علي عندما استفتى الشيخ محمد محمود الجزايرلي مفتي الحنفية بالاسكندرية في أمر منع وقف الأماكن المملوكة لأهلها سداً لطريق الفساد الذي سلكه الناس حينذاك حيث اتخذوا الوقف طريقاً لتحقيق أغراضهم الفاسدة من حرمان بعض الورثة فأفتاه بذلك.

لما حدث ذلك وصدر أمر بمنع إنشاء الأوقاف تحايل الناس فوقفوا الكثير من أملاكهم بطرق شتى.

منها الإقرار بأن هذا الوقف تم قبل تاريخ المنع، أو اللجوء إلى محاكم أخرى خارجة عن البلاد.

وبعد ذلك أنشئت نظارة الأوقاف لتتولى شئونها كغيرها من شئون الدولة الأخرى.

ولما تغيرات النظارات إلى وزارات كان من نصيب الأوقاف وزارة خاصة أنشئت عام ١٩١٣ م.

فهذه الأمور وغيرها تدلنا على أن الوقف أصبح بعد معرفةالمصريين له شائعاً بينهم، بل جزءاً من كيانهم لا يطيب لهم عيش إلا معه.

ولكن سوء الإدارة للأوقاف وانحراف طائفة من الناس في أوقافها والأحداث السياسية غيرت من نظر الناس إليها ،فتتابعت الشكايات طالبة التعديل أو الإلغاء، واستجاب ولاة الأمور لها فعدل من نظامه المعمول به غير مرة حتى انتهى به المطاف إلى وضعه الحاضر.

وإذا ما أردنا أن تؤرخ للوقف في مصر، والأدوار التي مر بها مع بيان مصدر أحكامه في عصوره المختلفة. وجهة الاختصاص التي تفصل في منازعاته وجب علينا ان نقسم الزمن إلى فترات متمايزة تختص كل فترة منها بطابعها الخاص،وعلى ضوء الأحداث التاريخية، والتشريعات التي صدرت معها نستطيع أن نقسم حياة الوقف إلى فترات أربع:

الفترة الأولى: من أول الفتح الإسلامي إلى عام ١٧٨٣م. وهو العام الذي أنشئت فيه المحاكم الأهلية.

الفترة الثانية: من عام ١٨٨٣ إلى عام ١٩٤٦م. وهو العام الذي صدر فيه قانون الوقف رقم ٤٨.

الفترة الثالثة: من عام ١٩٤٦ - إلى ١٩٥٢م - وهو العام الذي قامت فيه الثورة المصرية الأخيرة:

الفترة الرابعة: من عام الثورة إلى الآن.

ففي الفترة الأولى: كان الحكم للشريعة الإسلامية في جميع المنازعات والقضاء فيها قضاء إسلامي، ولقد كان القضاة يختارون أولاً من المجتهدين، يحكمون حسب اجتهادهم، فلم يكن إذ ذاك مذهب معين أو قانون خاص يلزم به القضاة غير المنابع الأولى للفقه الإسلامي كتاب الله وسنة رسوله، وما سبق من اتفاقات المجتهدين، ثم استعمال الرأي إذا لم يكن شيء من ذلك:

ولما انتشر التقليد أصبح القضاة يولون من أتباع المذاهب، والقضاء في مصر أيام التقليد لم يستقر على مذهب معين أول الأمر، بل مرة كان للشافعية وطوراً للحنفية، وآنا للشيعة حسب ميل الحكام والمذاهب التي يقلدونها، وكثيراً ما يكون مزيجاً من كل المذاهب، فيكون لكل مذهب قاض يحكم به في الجهة التي يولي فيها إلى أن آل الأمر للعثمانيين، وكان مذهب أبي حنيفة هو المذهب الرسمي للدولة عندهم. فعملوا على قصر القضاء في مصر على مذهب أبي حنيفة.

ولقد كانت مسائل الأوقاف كلها من اختصاص القاضي الشرعي لا ينازعه فيه منازع رغم وجود محاكم مدنية كانت تسمى في هذا الوقت بمحاكم الحقوق، ومجالس قضائية أخرى على أشكال عديدة[1] مختصة بالنظر في كثير من الدعاوي.

(١) من هذه المجالس: مجلس أقلام الدعاوى، ومجلس دعاوى البلد في المدن الصغيرة والمجالس=

فإذا ما طوينا الزمن، وانتقلنا إلى الفترة الثانية التي تبدأ من عام ١٨٨٣ - وجدنا نوعاً جديداً من المحاكم تشارك المحاكم الشرعية في نظر مسائل الأوقاف فتقسم قضاياها إلى نوعين. نوع أبقى للمحاكم الشرعية، وآخر جعل للمحاكم الأهلية كما في المادة السادسة عشرة من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية الصادرة في يونية سنة ١٨٨٣.

فقد فصلت هذه المادة المسائل التي لا تنظرها المحاكم الأهلية، ومنها المسائل المتعلقة بأصل الأوقاف.

وهنا قام تنازع الاختصاص حول تفسير أصل الوقف، ففسره القضاة الشرعيون بتفسير، وفسره القضاة الأهليون بتفسير آخر، واستمر ذلك الخلاف طويلاً إلى أن صدر قانون القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ فبين في مادته السادسة عشرة كل نوع بياناً واضحاً لا لبس فيه ولا خفاء.

ولما ألغيت المحاكم الشرعية بالقانون[١] رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ونقل اختصاصاتها إلى المحاكم الوطنية من أول يناير سنة ١٩٥٦ زال أصل التنازع وهو تعدد الجهات القضائية.

ولقد كان الحكم في مسائل الأوقاف في هذه الفترة من الزمن بالراجح من مذهب الحنفية حيث لم يكن هناك قانون خاص بالوقف، كما لو توجد فيها تقييدات قانونية إذا استثنينا حالتين.

= المركزية، والمجالس الابتدائية في عواصم المديريات. ومجالس الاستئناف: ومجالس الأحكام في القاهرة. وغيرها: راجع كتاب تاريخ القضاء في مصر.

(١) المادة - ١٣ - من هذا القانون تنص على أنه «تلغى المادة - ١٦ - من قانون القضاء، والمواد - ١ - ٥، ١١ - ١٩، ٢٩ - ٥١، ٥٣ - ٩٧، ١٠٠ - ١٣٦، ١٣٨ - ١٧٨، ١٨٠، ١٨٢ - ٢٧٩، ٣٢٨ - ٣٤٢، ٣٤٨، ٣٥١، ٣٥٢ من لائحة المحاكم الشرعية الصادر المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١.

الحالة الأولى:

إن العقار لا يصح وقفه قانوناً من مالكه إلا إذا كان مسجلاً، فلو اشترى شخص عقاراً وقبل أن يسجله وقفه لا يكون هذا الوقف صحيحاً، لان العقار لا تنتقل ملكيته قانوناً إلا بالتسجيل كما جاء في المادة الأولى من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣.

الحالة الثانية:

أنه لا تسمع دعوى الوقف أو شرط من شروطه عند الإنكار إلا إذا كان مسجلاً بالمحكمة الشرعية كما جاء في المادة - ١٣٧ -[1] من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٣١ الخاص بتنظيم المحاكم الشرعية، فانها منعت من سماع الدعوى المتعلقة بالوقف سواء كانت في نفس الوقف، أو في شرط من شروطه إذا لم يكن مسجلاً، ولكنها لم تحتم تسجيله، بل كل ما فعلته أنها منعت القضاة من سماع الدعوى عند عدم تسجيله في حالة الإنكار، أما إذا كان المدعي عليه مقراً به فإن الدعوى تسمع ولو لم يكن مسجلاً، وهذا مأخوذ من قيد «عند الإنكار» ولو لم نقل ذلك لكان القيد لاغياً لا فائدة فيه.

وفي الفترة الثالثة: صدر قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ينظم الوقف ويحل مشاكله فخرج العمل إلى ما وراء مذهب الحنفية. إلى المذاهب الأخرى، وقد سبق صدور هذا القانون صيحات وشكايات من الوقف الأهلي. كانت في

---

(١) ونصها «ويمنع عند الإنكار سماع دعوى الوقف أو الاقرار به أو استبداله أو الادخال أو الاخراج وغير ذلك من الشروط التي تشترط فيه إلا إذا وجد بذلك إشهاد ممن يملكه على يد حاكم شرعي بالقطر المصري أو مأذون من قبله «كالمبين في المادة ٣٦٤ من هذه اللائحة» وكان مفيداً في إحدى المحاكم المصرية وكذلك الحال في دعوى مستحق لم يكن من الموقوف عليهم وقت الدعوى بمقتضى ما ذكر ولا يعتبر الإشهاد السابق حجة على الغير إلا إذا كان هو أو ملخصه مسجلاً بالمحكمة التي بدائرتها العقار الموقوف طبقاً لأحكام المادة - ٣٧٣ -»

أول أمرها فردية . تظهر من حين لآخر، ثم أخذت تتزايد وتتسع دائرتها إلى أن صبغت بصبغة شبه رسمية ، وكان ذلك حين نظر ميزانية وزارة الأوقاف لسنة ١٩٣٦ ، ولم تمض سنوات معدودة حتى استجابت الحكومة إلى هذه الشكايات وغيرها مما يتصل بنظام الأسرة .

ففي سنة ١٩٣٦ التمست وزارة العدل تأليف لجنة من كبار العلماء لوضع قانون ينظم أحوال الأسرة شخصية كانت أو مالية ، فوافق مجلس الوزراء على تكوين اللجنة في ٥ ديسمبر من تلك السنة ، فألفت برياسة الأستاذ الأكبر وعضوية وكيل الوزارة وفضيلة رئيس المحكمة العليا الشرعية ، وفضيلة المفتي ، وبعض كبار رجال القانون والقضاء . وأساتذة الجامعة ، وفقهاء المذاهب الأخرى والمحامين .

وابتدأت اللجنة عملها ببحث قانون الميراث وأخرجته في سنة ١٩٤٣ ، ولما جاء دور الوقف بحثت الشكايات وجميع الآراء والمقترحات التي وصلت إليها وإلى وزارة العدل . وكان من هذه المقترحات ، اقتراح بالغاء الوقف بنوعيه ، وآخر بإلغاء الوقف الأهلي ، وثالث بإبقاء النوعين ، ومعالجة مواضع الشكوى .

بحثت اللجنة هذه الآراء ودرستها ورأت إن إلغاء الوقف الأهلي لا يحقق مصلحة الشاكين رغم أنه يضيع على غيرهم فائدة جليلة وهي حفظ ثروتهم من أن يضيعها سيئوا التصرف زيادة على ما يصيب الثروة العقارية من الهزات التي تجر وراءها المشاكل والخصومات التي لا تنتهي كما جاء ذلك في مستهل المذكرة التفسيرية لمشروع القانون ، واستقر رأي اللجنة على الإبقاء على الوقف الأهلي وعمل قانون شامل لمسائل الاوقاف لا يقتصر فيه على مذهب أبي حنيفة ، بل تستمد أحكامه من المذاهب الإسلامية كلها ، قانون يكفل إصلاح نظام الوقف وتخليصه من العيوب التي جاءت من تصرفات النظار وبعض المتولين شئونه ، ولما

سارت اللجنة شوطاً في عملها رأت أن عمل قانون شامل سيطول وقته . . إزاء ذلك وجدت أن من الخير التعجيل ببحث مواضع الشكوى وإعداد قانون خاص بها .

وأخيراً تم ذلك المشروع وصدر به القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ في ١٢ يونيه وفيه من التجديد ألوان كثيرة من أهمها :

١ ـ إنه اشترط لصحة الوقف والتصرفات المتعلقة به أن يصدر به إشهاد رسمي أمام المحكمة المختصة « الشرعية حينذاك » .

٢ ـ أجاز للواقف الرجوع عن وقفه ما دام حياً إلا في وقف المسجد وما وقف عليه .

٣ ـ أجاز توقيت الوقف سواء أكان أهلياً أم خيرياً ما عدا وقف المسجد فإنه شرط فيه التأبيد .

٤ ـ جوز لغير المسلمين إنشاء الأوقاف على جهات البر ما لم تكن محرمة في شريعتهم وفي شريعة الإسلام معاً .

٥ ـ قيد حرية الواقف فقصرها على ما يعادل ثلث أمواله كما في الوصية حماية لحق الورثة في ثلثي التركة وإن كان ذلك لا يظهر إلا بعد وفاة الواقف .

٦ ـ ألغي كثيراً من الشروط التعسفية التي كان الواقفون يشترطونها في أوقافهم ، وقصر حق اشتراط الشروط العشرة على الواقف بعد أن كانت تصح منه وممن يتولى النظر على الأوقاف . وغير ذلك من الإصلاحات .

وجاء في آخر مذكرته التفسيرية ما يلي :

« ومما يجب أن يلاحظ أن هذا القانون ليس شاملاً لكل أحكام الوقف وأنه فيما عدا الأحكام الواردة به يجب الرجوع إلى الراجح من

مذهب الإمام أبي حنيفة طبقاً لأحكام المادة - ٢٨٠ -[1] من القانون المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر في سنة ١٩٣١ ثم صدرت بعد ذلك عدة قوانين معدلة لهذا القانون.

ففي ١٧ يوليه ١٩٤٧ صدر قانون رقم ٧٨ بتعديل الفقرة الثالثة من المادة الحادية عشرة من ذلك القانون، وكان نص تلك الفقرة قبل التعديل.

« ولا يجوز الرجوع ولا التغيير في وقف المسجد ولا فيما وقف عليه فصارت بعد التعديل « ولا يجوز الرجوع ولا التغيير في وقف المسجد ابتداء ولا فيما وقف عليه ابتداء ».

وفي ١٦ يوليه سنة ١٩٤٨ صدر قانون رقم - ١٣ - بإصدار القانون المدني الجديد، وفي هذا القانون تعرض لإيجار الوقف في مواد سبع وهي المواد ٦٢٨، ٦٢٩، ٦٣٠، ٦٣١، ٦٢٢، ٦٣٢، ٦٣٤ بين فيها من الذي يملك تأجير الوقف، ومن الذي يقبض الأجرة. وهل يجوز للناظر أن يستأجر الوقف أو يؤجره لأصوله وفروعه. وهل يصح إجارة الوقف بغبن فاحش ومدة الإجارة التي يجوز التأجير فيها.. إلخ.

وفي الفترة الرابعة من قيام الثورة إلى الآن.

قامت الثورة في يوليه سنة ١٩٥٢ وكان في طليعة أعمالها تعديل قانون الوقف ونظامه لارتباط ذلك بأوجه الاصلاح الأخرى.

ففي ٢ أغسطس سنة ١٩٥٢ أي بعد قيام الثورة بأيام صدر مرسوم بقانون

---

(١) هذه المادة باقية لم تلغ فيما ألغى من المواد بالمادة ١٣ - من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية.

رقم ١٢٤[١] بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦، وهو مكون من مادة واحدة ونصها: «تلغى المادة - ٦١ -[٢] من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦».

وكانت هذه المادة استثنت أوقاف الملك، والأوقاف التي يديرها ديوان الأوقاف الملكية أو يكون له حق النظر عليها من أن تطبق عليها أحكام سبع وعشرين مادة من مواد قانون الوقف.

وفي ١٤ سبتمبر من نفس السنة صدر مرسوم بقانون رقم ١٨٠ بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات، وهو مكون من عشر مواد[٣] نص في مادته الأولى على عدم جواز إنشاء الوقف على غير الخيرات، وفي الثانية على أن كل وقف لا يكون مصرفه الآن جهة بر يعتبر منتهياً ما عدا حصة شائعة تضمن غلتها الوفاء بنفقات الخيرات أو المرتبات الدائمة التي شرطها الواقف في وقفه.

ثم يبين بعد ذلك أن الوقف المنتهي يعود إلى ملك الواقف إن كان حياً وكان له حق الرجوع فيه، أو يملكه المستحق إن لم يكن الواقف حياً، أو كان حياً وليس له حق الرجوع في وقفه كما هو مفصل في المادتين الثالثة والرابعة، وبقية المواد لبيان إنهاء الأحكام المرتبة على أرض موقوفة، ووجوب شهر الوقف المنتهي من مالكه طبقاً للمادة التاسعة من القانون رقم ١١٤ لسنة

---

(١) الوقائع في ٧ أغسطس سنة ١٩٥٢ العدد ١٢٠.

(٢) نص هذه المادة الملغاة «لا تطبق أحكام المواد - ١٢ - ١٥ - ١٩ - ٢٢ - ٢٣ - ٢٤ - ٢٥ - ٢٧ - ٣٠ - ٣٢ - ٣٣ - ٣٤ - ٣٥ - ٤٠ - ٤١ - ٤٢ - والمواد من ٤٥ لغاية ٥٥ هي الأوقاف التي صدر أو تصدر من الملك. وكذلك لا تسري هذه المواد على الأوقاف التي يديرها ديوان الأوقاف الملكية أو يكون له حق النظر عليها سواء أصدرت قبل العمل بهذا القانون أم بعده».

(٣) الوقائع في ١٤ سبتمبر سنة ١٩٥٢ العدد ١٣٢ مكرر.

١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقاري، وبعض أحكام وقتية أخرى كجواز السير في الدعاوى المتعلقة بهذا الوقف المنتهي التي رفعت قبل صدور هذا القانون.

والذي يقرأ المذكرة الايضاحية لهذا القانون يقف على الباعث لإصداره وهو ينحصر في سببين رئيسيين.

الأول: إمكان تطبيق قانون الإصلاح الزراعي على الأراضي الزراعية الموقوفة التي هي بحكم الواقع لا تختلف عن الأراضي الزراعية غير الموقوفة.

الثاني: إطلاق الأموال المحبوسة لتصبح عنصراً من عناصر التداول والاستثمار في العهد الجديد، فتنتفع بذلك الأيدي العاملة في الزراعة والصناعة والتجارة، لأن نظام الوقف لا يتفق مع تطور الأحوال الاقتصادية في هذه الأيام.

ثم توالت القوانين المعدلة لهذا القانون والمتممة له .

ففي ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢ صدر مرسوم بقانون رقم٣٤٢[١] بتعديل بعض أحكامه، ونص فيه على أنه يعمل به من تاريخ نفاذ المرسوم بقانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢.

ثم عدل مرة أخرى بالقانون رقم ٩٩ م[٢] لسنة ١٩٥٣ الذي أضاف فقرة جديدة إلى مادته الثامنة.

وفي ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ صدر قانون رقم ٢٤٧[٣] مكون من ٧ مواد بشأن النظر على الأوقاف الخيرية، وتعديل مصارفها على جهات البر.

---

(١) الوقائع العدد ١٦٢ مكرر سنة ١٩٥٢.
(٢) الوقائع في ١٥ أغسطس سنة ١٩٥٣ العدد ٦٦ مكرر.
(٣) الوقائع في ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ العدد ٤٢ مكرر.

وفي ١٢ نوفمبر من نفس السنة صدر قانون رقم ٤٥٧ مكون من أربع مواد بتعديل بعض أحكام القانون السابق[١].

ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٦٤٩ لسنة ١٩٥٣ بشأن انهاء حق الحكر على الأعيان الموقوفة وهو مكون من مادتين.

ثم تلاه القانون رقم ٦٥٧ لنفس السنة بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بشأن إيجارات الأماكن وتنظيم العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين.

ثم صدرت قوانين أخرى كثيرة أهمها القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧ بتنظيم استبدال الأراضي الزراعية الموقوفة على جهات البر مكون من سبع مواد[٢].

جاء بعده القانون رقم ١[٣]، ٥١ لسنة ١٩٥٨ لتعديل بعد مواده[٤] والقانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٦٠ كذلك معدلاً بعض مواده[٥].

وفي ٩ فبراير سنة ١٩٦٠[٦] يفك بعض القيود التي جاءت في القوانين السابقة بشأن إنشاء الأوقاف على جهات البر.

فأجاز للمالك أن يقف كل ماله على الخيرات ويشترط لنفسه الانتفاع بالريع كله أو بعضه مدى حياته.

---

(١) الوقائع في ١٢ نوفمبر سنة ١٩٥٣ العدد ٩١ مكرر.
(٢) الوقائع في ١٣ يولية سنة ١٩٥٧ العدد ٥٣ مكرر.
(٣) الوقائع في ٢١ يناير سنة ١٩٥٨ العدد مكرر.
(٤) الجريدة الرسمية ٥ يونية سنة ١٩٥٨ العدد ١٣.
(٥) الجريدة الرسمية ٩ أبريل سنة ١٩٦٠ العدد ٨٠.
(٦) الجريدة الرسمية في ١٦ فبراير سنة ١٩٦٠ العدد ٤٠.

وفي أول مارس سنة ١٩٦٠ صدر القانون رقم ٥٥ بقسمة الأعيان التي انتهى فيها الوقف وهو مكون من عشرين مادة[١].

وتلاه القانون رقم ٥٦ بشأن تسليم الأعيان التي انتهى فيها الوقف في ثلاث مواد[٢].

وهكذا كثرت التشريعات المتعلقة بالوقف تغييراً وتعديلاً لتتناسق التشريعات مع بعضها في جمهوريتنا العربية.

وبعد هذا العرض نستطيع أن نقول إن المعمول به الآن من أحكام الوقف هي أحكام الوقف الخيري، وبعض آثار من بقايا الوقف الأهلي. وهي أحكام تصفية تركته التي تخلفت عن إلغائه ومن هنا تكون مصادر أحكام الوقف التي يرجع إليها الآن هي:

١ - قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦.

٢ - قانون إلغاء الوقف على غير الخيرات رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ والقوانين المعدلة له والقوانين التي صدرت بعده إلى الآن.

٣ - الراجح من مذهب الحنفية في المسائل التي لم تعرض لها تلك القوانين السابقة. ذلك لأن قانون الوقف الأول لم يكن قانوناً شاملاً لكل أحكام الوقف بل جاء علاجاً لبعض مسائله التي عمت بها الشكوى حينذاك وأحال القضاة فيما لم يعرض له من مسائل على الراجح من مذهب الحنفية. كما هو الشأن العام في المسائل الشرعية المعمول بها التي لم يصدر فيها تقنين خاص كما جاء في المادة ٢٨٠[٣] من لائحة المحاكم الشرعية، وهي

(١ : ٢) الجريدة الرسمية ٨ مارس سنة ١٩٦٠ العدد ٥٧.

(٣) ونصها «تصدر الأحكام طبقاً للمدون في هذه اللائحة ولأرجح لأقوال من مذهب أبي حنيفة =

من المواد التي لم تلغ بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الصادر بإلغاء المحاكم الشرعية.

وإذا كان قانون الوقف لم يقتصر على مذهب الحنفية، بل أخذ ما هو أيسر وأصلح من غيره من المذاهب فسنعرض في أثناء البحث لتلك المذاهب مع مذهب الحنفية لنبين سند القانون منها، وأسباب عدوله عما كان معمولاً به من قبل.

وعلى الله قصد السبيل، وهو حسبنا ونعم الوكيل.

= ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لهذه القواعد».

الباب الأول
في إنشاء الوقف ـ وفيه فصلان

الفصل الأول

وفيه مبحثان

المبحث الأول في التعريف به وآراء الفقهاء فيه

الوقف في لغة العرب مصدر وقف « وهو يدل على كثير من المعاني، منهـا الحبس والمنع، تقول، وقفت الدابة أو السيارة إذا حبستها ومنعتها عن السير، كما تقول: وقفت عن السير إذا منعت نفسك عنه، ومنها الاطلاع، تقول وقف على معنى كذا أي اطلع عليه، ووقفته على ذنبه، وعلى سوء صنيعه. أي أطلعته عليه.

فالفعل ثلاثي يستعمل لازماً ومتعدياً، وأما أوقف فلم يوجد منها في اللغة إلا حرف واحد في فصيح الكلام، وهو أوقفت عن الأمر الذي كنت فيه أي أقلعت عنه، واستعماله في حبس المال كأن تقول: أوقفت هذه الأرض مثلاً شاذ، أو لغة رديئة كما يقول أصحاب المعاجم[1].

---

(١) راجع القاموس المحيط والمختار، وأساس البلاغة للزمخشري: وفي الأخير تفصيل للمعاني الحقيقية والمجازية كعادته فقال في ص ٥٢٣ جـ ٢: ومن المجاز وقفته على ذنبه وعلى سوء صنيعه. ووقف على المعنى أحاط به. ووقفت الحديث توقيفاً بينته: ووقف أرضه على ولده.

ثم اشتهر إطلاق المصدر وإرادة اسم المفعول تقول: هذا العقار وقف، أي موقوف، ومن هنا جمع على أوقاف ووقوف، لأن المصدر لا يثنّى ولا يُجمَع.

وأما معناه في اصطلاح الفقهاء فمختلف فيه تبعاً لاختلاف حقيقته في نظرهم.

ولقد كان معروفاً في صدر الإسلام باسم الحبس[1] والصدقة والمصدر التحبيس، وبه جاء الحديث «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بثمرتها».

والفقهاء متفقون على أن الوقف مستحب شرعاً مندوب إليه، وأن ثمرة المال الموقوف وغلته تصبح صدقة على الموقوف عليهم يملكونها بالقبض إذا كانوا أشخاصاً، ويستحقونها إذا كانوا غير ذلك كجهات البر، ولكنهم اختلفوا في لزوم الوقف بعد صدوره. بمعنى أنه لا يصح للواقف الرجوع عنه. والقائلون باللزوم اختلفوا في خروج المال الموقوف من ملك الواقف، والذين ذهبوا إلى خروجه مختلفون في دخوله في ملك الموقوف عليهم أو بقائه بلا مالك.

خلاف متشعب الأطراف يخرج منه الفقهاء بمذاهب أربعه:

المذهب الأول: للامام أبي حنيفة وهو أن الوقف لا يخرج المال الموقوف عن ملك واقفه، بل يبقى في ملكه يجوز له التصرف فيه بكل أنواع التصرفات وإذا مات كان ميراثاً لورثته، وكل ما يترتب على الوقف هو التبرع بالمنفعة، وعلى هذا يكون الوقف عنده غير لازم إلا في بعض صور[2] مستثناة ومن هنا عرفوه على مذهبه.

---

(١) وفي كتب المالكية يسمون الوقت بالحبس بضم الحاء وسكون الباء ويجعلون عنوانه باب الحبس راجع شرح رسالة ابن أبي زيد للنفراوي جـ ٣ ص ٣٠.

(٢) هذه الصور عدها الفقهاء ثلاثة.

بأنه حبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات البر في الحال أو في المآل».

فإذا وقف شخص بعض ماله على مسجد أو مصحة ابتداء كان متصدقاً به في الحال، وإذا وقف أرضه على شخص أو أشخاص سواء كانوا أقارب أولا ثم من بعدهم على جهة بركان متصدقاً بها في المآل.

وعلى هذا المذهب لا يكون للوقف أثر في العين الموقوفة لبقاء[1] حرية تصرفه فيها طول حياته، وإرثها بعد موته كسائر أمواله الأخرى، وإنما أثره يظهر في منفعة المال وغلته فيجعلها صدقة على الموقوف عليه في الحال أو في المآل كما بيناه.

= الأولى: أن يحكم بلزومه حاكم يذهب إلى اللزوم بعد أن يقع نزاع بين الواقف ومتولي شئون الوقف أو المستحقين فيظهر الواقف الرجوع عنه باعتباره غير لازم ويطلب من المتولي تسليم العين الموقوفة فيعارضه المتولي بأن الوقف لازم ولا يصح الرجوع فيه ويرفع دعوى أمام قاض يرى لزوم الوقف فيحكم باللزوم وخروج المال الموقوف من ملكه. فإذا فعل ذلك لزم الوقف وامتنع الرجوع لما يترتب عليه من إبطال حكم صحيح واجب التنفيذ، وهذه الصورة لا وجود لها الآن لاتحاذ القضاء.

الثانية: أن يخرج الواقف وقفه مخرج الوصية بأن يعلقه على موته فيقول إذا مت فأرضى هذه صدقة موقوفة على مسجد البلدة أو فقرائها مثلاً. أو يضيفه إليه كأن يقول: أرضي هذه وقف بعد موتي. فيأخذ حكم الوصية - ويلزم الورثة إذا مات الواقف مصراً عليه.

والثالثة: أن يجعل أرضه مسجداً بأن يبنيه ويأذن للناس بالصلاة فيه، فإذا فعل ذلك لزم ولا يجوز له الرجوع فيه في حياته ولا لورثته بعد موته.

وأنت ترى أن اللزوم في هذه الصورة لم يكن من نفس الوقف بل من أمر آخر وراءه.

(١) من أجل ذلك قيل إن قولهم في تعريفه على مذهبه: هو حبس العين لا معنى له لأنه يملك إخراجها عن ملكه في أي وقت فلا حبس.

وإذا كان الوقف لا يفيد إلا التبرع بالمنفعة تبرعاً غير لازم كان بمنزلة العارية فإنها تبرع بمنفعة المال مع بقاء عينه مملوكة للمعير يصح له التصرف فيها بكافة أنواع التصرف. والتبرع فيها غير لازم، لأنه يجوز له الرجوع عنه في أي وقت شاء.

وإنما كان بمنزلة العارية لأنه تبرع بالمنفعة تبرعاً غير لازم كما بينا، ولم يكن عارية حقيقة لأن العين في العارية تسلم إلى المستعير وهو المنتفع، ولا تتم الإعارة إلا بهذا التسليم، أما الوقف فإنه يتم بدون التسليم إلى أحد حيث يجوز بقاء العين الموقوفة في يد الواقف ليدير شئونها. ولو سلمت إلى من يتولى شئونها فليس هو المستوفي لمنافع الوقف غالباً.

المذهب الثاني للمالكية[1] وهو أن الوقف لا يخرج العين الموقوفة عن ملك الواقف بل تبقى على ملكه. لكنه يمنعه من التصرف فيها بالتصرفات الناقلة للملكية، ويلزمه بالتصدق بمنفعتها لا يجوز له الرجوع فيه.

فإذا تم الوقف يمنع الواقف وغيره من التصرف في العين الموقوفة بما يفيد تمليكها لغيره مطلقاً بعوض أو بغير عوض، ويلزم بالتصديق بالمنفعة مع بقاء العين على ملكه.

وعلى هذا يعرف[2] بأنه حبس العين عن التصرفات التمليكية مع بقائها على ملك الواقف والتبرع اللازم بريعها على جهة من جهات البر.

المذهب الثالث: لأبي يوسف ومحمد والشافعي وأحمد بن حنبل في أحد

---

(١) وهو رواية عن أحمد بن حنبل كما يقول ابن قدامة في المغنى حـ ٥ ص ٥٤٦.

(٢) عرفه النفراوي في شرح رسالة ابن أبي زيد جـ ٣ ص ٣٠، بأنه ما أعطيت منفعته على غير وجه العارية ولا العمري بل على وجه الوقفية:

قوليها،وأصحاب هذا المذهب يرون أن الوقف يخرج المال الموقوف عن ملك واقفه بعد تمام الوقف، ويمنعه من التصرف في العين الموقوفة تصرف الملاك بتمليكها لغيره بعوض أو بغير عوض، وإذا مات لا يورث عنه، كما يجعل منفعته صدقة لازمة للموقوف عليهم لا يملك الواقف منعها عنهم، فإذا فعل أجبره القاضي على الدفع إليهم متى ثبت استحقاقهم.

وعلى هذا يعرف الوقف بأنه حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة على جهة من جهات البر ابتداء أو انتهاء. كما بيناه في التعريف السابق.

وقيل هو حبس العين على ملك الله تعالى إلخ من غير زيادة لفظ « حكم »[1].

المذهب الرابع:

وهو يتفق مع المذهب الثالث في أنه يفيد إخراج العين الموقوفة عن ملك

---

(1) وبعض الفقهاء كالمولي عبد الحليم في حواشيه على الدرر يستحسن العبارة الأولى معللاً ذلك. بأن زيادة لفظ حكم تشير إلى أن المخلوقات بأثرها محبوسة على ملك الله دائماً بحيث لا يكون للمخلوق فيه تصرف سوى المنفعة. وتوضيح ذلك: أن الأموال وجميع الأشياء كانت في الأصل مملوكة لله، وليس للانسان ملك فيها، والله سبحانه تفضل بها علينا لننتفع بها مصداقاً لقوله تعالى: ﴿خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾ فالانتفاع بها مباح لجميع الناس حتى يوجد اختصاص وحيازة، وهنا تصبح ملكاً لمن حازها. على معنى أنه ملك الانتفاع بها بكافة وجوهه لا يشاركه فيه غيرة وإذا ملك الانتفاع كان له أن يملكه لغيره، فإذا وقف الإنسان ماله على جهة من جهات البر اقتضى ذلك التصدق الدائم بمنفعة هذا المال، والتصدق الدائم لا يجتمع مع بقاء الملك للواقف ولا دخوله في ملك الموقوف عليهم ولا غيرهم، بل يستلزم الخلوص من ملك العباد، فيعود إلى ما كان عليه قبل الملك الحادث. يعود إلى ملك الله تعالى فيأخذ حكمه من أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولا يملك أحد التصرف في عينه، وأن الانتفاع به لا يقتصر على شخص معين كما في الملك الخاص.

وعلى هذا يصدق على فعل الواقف أنه حبس العين الموقوفة على حكم ملك الله تعالى.

الواقف مع منعه من التصرفات الناقلةللملكية ، وجعل الثمرة والغلة صدقة لازمة على الجهة الموقوف عليها ، ولكنه يزيد عليه أن العين الموقوفة بعد خروجها من ملك الواقف تدخل في ملك الموقوف عليهم إلا أن هذا الملك لا يبيح لهم التصرف فيها بيعها أو هبتها ، وإذا ماتوا لا تورث عنهم ، فهو ملك غير تام ، وبعبارة أوضح ملك صوري فقط ، وهذا المذهب هو القول الثاني للأمامين الشافعي وأحمد بن حنبل[1] ويعرف الوقف على هذا بأنه حبس المال عن التصرف فيه والتصدق اللازم بالمنفعة مع انتقال ملكية العين الموقوفة إلى الموقوف عليهم ملكاً لا يبيح لهم التصرف المطلق فيها .

تلك مذاهب الفقهاء في حقيقة الوقف ، وهي كما ترى مختلفة في أمور . وهذا الاختلاف يرجع إلى أمرين:

الأول: وصول الأحاديث والآثار الواردة في تشريع الوقف إلى بعض الأئمة وعدم وصولها من طريق سليم إلى البعض الآخر.

الثاني: اختلافهم في فهم ما تدل عليه عبارات الحديث الأول الوارد في الوقف ، وما جاء بعدها من عبارات الواقفين من الصحابة .

ولتوضيح هذا نقول: إن القرآن لم يعرض للوقف بخصوصه في آية خاصة ، بل عرض له في ضمن الحض على التصدق العام والبر بالمحتاجين في قوله تعالى .

﴿لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون﴾ وقوله ﴿وانفقوا من طيبات ما كسبتم﴾ ﴿وافعلوا الخير لعلكم تفلحون﴾ وغير ذلك من الآيات .

وإنما الذي عرض له بخصوصه هو السنة ، وأساسها قصة عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأرضه الخيبرية المسماة بثمغ[2] ، وهي كما رواها أصحاب السنن:

(١) يقول ابن قدامة في المغني جـ ١ ص ١٤٨ أن هذا القول هو ظاهر مذهب الإمام أحمد .
(٢) ثمغ بفتح الثاء وسكون الميم أو بفتحها معاً .

أن عمر بن الخطاب أصاب أرضاً بخيبر، فجاء إلى رسول الله ﷺ يستأمره فيها فقال يا رسول الله: إني أصبت أرضاً بخيبر لم أصب ما لا قط أنفس عندي منه فما تأمرني فيه، فقال عليه الصلاة والسلام «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها» أي تصدقت بثمرتها كما جاء في الرواية الأخرى للبخاري. أن رسول الله قال: «تصدق بأصله لا تباع ولا توهب ولا تورث ولكن ينفق ثمره، فتصدق بها عمر».

وقبل أن نسوق الأدلة لهذه الآراء نستطيع أن نحصر النزاع أولاً في أمر جوهري يعتبر حجر الزاوية في صرح هذا الاختلاف، وهو لزوم الوقف وعدم لزومه، فيه نرى أبا حنيفة في طرف يقول بعد اللزوم إلا ما دل الدليل الخارجي على لزومه في الصور المستثناة، وقد تقدمت الإشارة إليها، وبقية الأئمة في طرف آخر يذهبون إلى لزومه[1].

ثم يأتي بعد ذلك خلاف في المرتبة الثانية بين القائلين باللزوم ليست له خطورة الخلاف الأول، بل يكاد يكون عديم الفائدة، وهو بقاء العين الموقوفة على ملك الواقف أو خروجها عن ملكه، ثم بقاؤها من غير مالك أو دخولها في ملك الموقوف عليهم - مع الاتفاق على منعه من التصرفات التمليكية - فليس لهذا الخلاف من ثمرة إلا ما قيل: إنه إذا بقي على ملكه تلزمه مراعاته، والخصومة فيه، وله ولوارثه منع من يريد إصلاحه[2].

لذلك سيكون منهجنا في الاستدلال أن نستدل على لزوم الوقف بعد أن نرد على أدلة عدم لزومه، ثم نوجه القول بعدم الخروج عن الملك، والقول

---

(١) تكلمنا هنا على الاختلاف في لزوم الوقف مع انه من الأحكام وموضعها الباب الثالث لأن الاختلاف في التعريف مرتبط به ارتباطاً وثيقاً حيث بنى عليه.

(٢) راجع المغنى لابن قدامة جـ ٥، وشرح رسالة ابن أبي زيد للنفراوي جـ ٣ ص ٤٦.

بخروجه مع بقائه من غير مالك، أو دخوله في ملك الموقوف عليهم ليظهر لنا الراجح من هذه الأقوال.

استدل لمذهب أبي حنيفة القائل بعدم لزوم الوقف بأدلة منها:

أولاً: ما أخرجه الدار قطنى في سننه[1] في الفرائض عن عبد الله بن لهيعة عن أخيه عيسى عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال، لما نزلت آية الفرائض « لا حبس عن فرائض الله » ووجه الدلالة لمذهبه من هذا الحديث: أن القول بلزوم الوقف وخروج العين الموقوفة عن ملك واقفها يترتب عليه حبس المال عن الورثة، ومنعهم من أن يأخذوا فرائضهم التي فرضها الله لهم، فيكون منهياً عنه، والقول بعدم لزومه يتفق مع آيات المواريث، ولا حبس فيه فيكون هو المشروع.

ثانياً: ما روي عن شريح القاضي أنه قال: جاء رسول الله ﷺ ببيع الحبس، والحبس جمع حبس وهو المال المحبوس، ولقد كانت الأموال تحبس في الجاهلية ويمنع بيعها والتصرف فيها فجاء رسول الله باجازة بيعها، فلو قلنا بلزوم الوقف وعدم جواز بيعه للزم عليه مشروعية الحبس التي جاء رسول الله بإنهائها.

ثالثاً[2]: إن أغراض الواقف التصدق بالمنفعة، وهذا لا يتصور إلا إذا بقي الأصل على ملكه، ويدل عليه قول رسول الله ﷺ لعمر فيما رواه النسائي وابن ماجه: « احبس أصلها وسبل ثمرتها » أي احبسه على ملكك وتصدق بثمرتها. إذ لو خرج الأصل عن ملكه لكان مسبلاً جميعها (الأصل والثمرة) وإنما قلنا

---

(١) جـ ٢ ص ٤٥٤.

(٢) هذا الدليل ساقه الزيلعي في تبيين الحقائق جـ ٣ ص ٣٢٥، وهو ممن يرى ترجيح رأي الإمام.

ذلك لأن خروج الملك لا إلى مالك غير مشروع . ألا ترى أن الله تعالى نهانا عن السائبة وهي التي يسيبها مالكها، ويخرجها عن ملكه، كما كان يفعل العرب في جاهليتهم .

هذه الأدلة وغيرها ساقها فقهاء الحنفية تأييداً لرأي إمامهم وهي في الواقع لا تثبت هذه الدعوى .

أما الحديث الأول : ففي رواته ضعف ـ كما يقول صاحب نصب الراية ـ فلا يقوى على معارضة حديث وقف عمر المشهور الدال على اللزوم .

ولو سلم صحته وقوته فهو لا يتنافى مع مشروعية الوقف، لأن المراد بالحبس فيه منع المال عن الوارث بعد نزول آية المواريث، وقد كانوا في الجاهلية يورثون الرجال المحاربين، ويمنعون الإناث والصغار، وإنما حمل الحديث على هذا المعنى جمعاً بينه وبين أدلة مشروعية الوقف، والجمع واجب متى كان ممكناً .

على أن الوقف بصورته المشروعة لا حبس فيه عن الفرائض ،لأن الوارث لم يستحق المال بعد ، ولا يتعلق حقه بالتركة إلا في حالتين، بعد الوفاة وحال مرض الموت ، ولأنه لو اعتبر حبساً عن فرائض الله لكانت الصدقة والهبة وغيرهما من سائر التبرعات حبساً عن فرائض الله فتكون ممنوعة ، ولم يقلْ أحد بذلك .

أما الثاني :ـ وهو قول شريح فلا دلالة فيه أيضاً لأن المراد بالحبس فيه ما كان يحبسه أهل الجاهلية الذي أبطله القرآن بقوله ﴿ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام﴾[1] وحمله على هذا واجب جمعا بين الدليلين ،

---

(١) البحيرة، هي الناقة التي نتجت خمسة أبطن آخرها ذكر. عندئذ كانوا يبحرون أذنها أي=

ولأن الوقف بمعناه الشرعي تشريع إسلامي لم يكن أهل الجاهلية يعرفونه حتى يدخل في الحبس التي جاء رسول الله ببيعها، ولقد قيل أن شريحا أبطل الأحباس في عهد الأمويين لما رأى فيها من الجور وحرمان النساء.

وأما الدليل الثالث: فليس أحسن حالا من سابقيه. لأن التصدق بالمنفعة لا يستلزم إبقاء الأصل على ملكه. لأن المقصود من التصدق حصول الثواب وهو حاصل سواء بقي ملك الأصل أو لم يبق، وقول الرسول (احبس أصلها وسبل ثمرتها) ليس معناه احبسه على ملكك، بل معناه. احبسه عن التصرف فيه بالبيع والهبة وغيرهما، ولذلك جاء في الحديث فتصدق بها عمر لا تباع ولا تورث، ولأن إبقاءها على ملك الواقف مع إباحة التصرف فيها، وإرثها عنه بعد موته لا تحبيس فيه مع أن الرسول أمر به.

وقولهم: إن خروج الملك لا إلى غير مالك غير معهود في الشرع لأنه في معنى السائبة التي أبطلها القرآن غير صحيح، لأن السائبة كانت تترك من غير أن يكون هناك ولاية لتنظيم توزيع نتاجها على جهات البر، بل أنهم حرموا

يشقونها. ويخلون سبيلها فلا تحلب ولا تركب: وقيل هي الناقة إذا ولدت عشرة أبطن كلهن إناث سيبت حتى تموت فإذا ماتت أكلها الرجال والنساء وبحرت اذن بنتها الأخيرة. وتسمى البحيرة وتسيب كأمها.

والسائبة: قيل هي الناقة التي ولدت عشرة أبطن كلهن اناث فانها كانت تسيب حتى تموت، وقيل. إن الرجل كان يقول: إذا شفيت من مرضي فناقتي سائبة فيحرم الانتفاع بها كالبحيرة.

الوصيلة: هي الشاة إذا ولدت ذكراً وأنثى بعد ولادتها عدة مرات ذكراً أو أنثى مفرداً. وحينئذ كانوا يقولون: وصلت الأنثى أخاها، وما ولدته قبل ذلك من إناث جعلوها لهم: وما ولدته من ذكور جعلوها لآلهتهم، فإذا وصلت حرموا ظهورها فلا يركب ولا يشرب لبنها إلا الرجال ومنعوا ذبح الذكر.

والحامي: هو الفحل ينتج من صلبه عشرة أبطن، وعندئذ يقولون حمى ظهره فلا يركب ولا يحمل عليه. ولا يمنع من ماء ولا كلأ. وفي كتب التفسير معان أخرى لهذه الكلمات.

الانتفاع بها بخلاف الوقف فإنه بعد خروجه عن ملك الواقف عند من يقول به لم يترك كما تركت السائبة، بل جعلت عليه ولاية للواقف، أو لمن ينيبه في شئونه وصرف منافعه على جهات الخير، فأنّى يتفقان؟؟.

وأغلب الظن عندي أن أبا حنيفة لو وصله حديث وقف عمر من طريق صحيح لعمل به، وقال بلزوم الوقف كغيره من الأئمة، يؤيد هذا أن صاحبيه كانا يذهبان مذهبه من عدم اللزوم إلى أن حج أبو يوسف مع الرشيد والتقى بالإمام مالك في المدينة، وتكلم معه في مسألة لزوم الوقف، فلما بان له الحق مع الإمام مالك رجع عن قول أبي حنيفة كما رواه الباجي في[1] شرحه للموطأ. وابن نجيم في البحر[2] الرائق: وجاء في بعض روايات هذا الأثر: أن أبا يوسف قال للأمام مالك بعد أن سمع منه حديث وقف عمر: لو بلغ هذا أبا حنيفة لرجع كما رجعت.

وكذلك فعل محمد بن الحسن لما ذهب إلى الإمام مالك ومكث معه ثلاث سنين.

أدلة لزوم الوقف:

استدل القائلون باللزوم بحديث وقف عمر المشهور. وما جاء في كتاب وقفه وعمل الصحابة في كتب أوقافهم.

والحديث، هو ما أخرجه أصحاب كتب الحديث الستة[3] عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عمر أصاب أرضاً من أرض خيبر، فقال يا رسول الله: إني أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندي منه فكيف تأمرني به، قال:

---

(١) جـ ٦ ص ١٢٢.

(٢) جـ ٥ ص ٢٠٩:

(٣) كما في نصيب الراية للزيلعي جـ ٢ ص ٤٧٦ ونيل الأوطار جـ ٦ ص ١٨.

« إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها » فتصدق بها عمر على ألا تباع ولا توهب ولا تورث في الفقراء وذوي القربي والرقاب والضيف وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول. وفي بعض[1] الروايات زيادة « وأوصى به إلى حفصة أم المؤمنين ثم إلى الأكابر من آل عمر ».

وفي بعض طرق البخاري أن رسول الله ﷺ قال: « تصدق بأصله لانباع ولا نوهب ولا نورث ولكن ينفق ثمره ».

وفي بعض طرق البخاري أن رسول الله ﷺ قال: « تصدق بأصله لا نباع ولا نوهب ولا تورث ولكن ينفق ثمره ».

وابن قدامة الحنبلي في كتاب المغنى[2] يرويه بلفظ « إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها غير أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث ».

فهذا الحديث برواياته يدل على أن الحبس المشروع في الوقف هو المانع من التصرفات،فالرسول يقول لعمر: « إن شئت حبست أصلها » ويفسر ذلك التحبيس في الرواية الأخرى. غير أنه لا يباع أصلها ولا بيتاع ولا يوهب ولا يورث » وعمر يمتثل ويشرط في كتاب وقفه الذي أشهد عليه كبار الصحابة ـ ألا تباع ولا توهب ولا تورث فيمنع التصرفات الناقلة للملكية في حياته وبعد وفاته. والمنع من التصرفات يدل على «اللزوم »، إذ لو كان الوقف غير لازم لأبيح له التصرف فيه بعد أن يرجع عنه.

ويجيء بعد هذا اتفاق الصحابة العملي في أوقافهم لما كتب عمر كتاب وقفه في خلافته وأشهد عليه نفراً من الصحابة فإنهم تابعوه ووقفوا أموالهم على

---

(١) كما في كتاب الإسعاف في أحكام الأوقاف ص ٦:
(٢) جـ ٥ ص ٥٤٤.

طريقته حتى قال جابر بن عبد الله: ما أعلم أحداً كان له مال من المهاجرين والأنصار إلا حبس من ماله صدقة مؤبدة لا تشتري أبداً ولا توهب ولا تورث كما رواه الخصاف وابن قدامة في المغنى[1].

فلو كان الوقف غير لازم لرجع بعض هؤلاء الواقفين عن وقفه بياناً لجواز الرجوع لكنه لم يحدث وإلا لنقل إلينا.

ويدل من وراء ذلك كله ما ورد من الأحاديث الدالة على فضل الصدقات الدائمة منها الحديث الذي رواه مسلم وأحمد وأبو داود وغيرهم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاثة أشياء صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له»[2] جارية أي مستمرة، ولا يتحقق ذلك إلا بالوقف على وجه اللزوم.

وهذا القدر متفق عليه بين أصحاب المذاهب الثلاثة «الثاني والثالث والرابع» ولكنهم مختلفون في خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف، والقائلون بخروجها مختلفون كذلك في دخولها في ملك الموقوف عليهم أو بقائها من غير مالك.

فمن قال ببقائها في ملك الواقف، وهم المالكية أصحاب المذهب الثاني يوجهون رأيهم، بأن الحديث دل على لزوم الوقف، وليس فيه ما يدل على خروج المال الموقوف عن ملك الواقف، والملك الثابت لا يحكم بزواله؟ من غير دليل، بل قالوا إن في الحديث ما يدل على بقائه. لأن التصدق اللازم الدائم يقتضي بقاءه مع منعه من التصرفات الناقلة للملكية، ولقد فهم عمر من قول

---

(١) جـ ٥ ص ٥٤٤ ولقد نقل الزيلعي في نصب الراية جـ ٣ ص ٤٧٨ عن خلافات البيهقي صوراً عديدة من أوقاف الصحابة اللازمة الباقية من تغيير فيها.

(٢) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٨.

رسول الله « إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها » إن المراد من تحبيس الأصل تحبيسها على ملكه مع منعه من التصرفات، ولهذا قال في كتاب وقفه: على ألا تباع ولا توهب ولا تورث، ولو كان الوقف يفيد خروجها عن ملكه لما كان هنا معنى للنص على عدم البيع وغيره.

ولا غرابة شرعا في وجود ملك مع منع صاحبه من التصرفات فيه. فالمحجور عليه لسفه أو لغفلة مالك ممنوع من التصرفات.

وأما الذاهبون إلى خروج الموقوف عن ملك الواقف فيوجهون رأيهم، بأنه إذا ثبت لزوم الوقف نتيجة للمنع من التصرفات الناقلة للملكية « والتصدق الدائم بالمنفعة خرج المال الموقوف عن ملك الواقف للتلازم بينهما، لأن الوقف سبب يزيل التصرف في الرقبة والمنفعة فيزيل الملك كالعتق، وليس المراد بقول الرسول في الحديث » حبس الأصل حبسه على ملكك، بل المراد منعه من التصرفات التمليكية فيه.

على أنه لا معنى لإبقاء الملك مع المنع الدائم من التصرفات، والتنظير بالمحجور عليه غير سليم، لأن الحجر هناك عارض لمصلحة المحجور عليه يحتمل زواله في أي وقت يزاول سببه، فمنعه من التصرفات ليتحقق به النفع وهو المحافظة على ماله وخروج ماله عن ملكه مضربه، وأما الواقف فتتحقق أغراضه سواء بقي المال في ملكه أو خرج.

ثم إننا لو تصورنا بقاء ملك الواقف في حياته فما مصير هذا الملك بعد وفاته مع الاتفاق على منع الإرث.

ثم ماذا يقولون في وقف المسجد. أيقولون إن المسجد باق على ملك الواقف مع قول الله تعالى ﴿وأن المساجد لله﴾ ؟؟[1].

---

(١) في شرح الرسالة للنفراوي: قال خليل. الملك للواقف وظاهره حتى المساجد وقيل إلا في=

وبعد هذا يترجح عندي رأي القائلين بخروج الوقف عن ملك الواقف، لأنه لا معنى لبقاء ملكه بعد منعه من التصرفات، ولأنه يطرد في جميع الأوقاف لا فرق بين مسجد وغيره، ولأن ظاهر قول الرسول «تصدق بأصله» يفيد إخراجه عن ملكه، ولولا قوله بعده «وسبل ثمرته» لقلنا: إن التمليك في الوقف لنفس العين.

أما القائلون بأن الملكية بعد زوالها عن الواقف تنتقل إلى الموقوف عليهم وهم أصحاب المذهب الرابع فيوجهون رأيهم بما يأتي:

إذا ثبت من دلالة الحديث خروج المال الموقوف عن ملك الواقف، وخروج الملك إلى غير مالك غير معهود شرعاً، بل هو السائبة التي أبطلها القرآن، فلا بد من دخوله في ملك أحد غير الواقف، وليس هنا أحد أقرب من الموقوف عليهم حيث ملكوا المنفعة، ولولا أن إباحة التصرف لهم فيها يخرج الوقف عن أصل وضعه، وهو التصدق الدائم بالمنفعة. لولا ذلك لأبيح لهم التصرف التام، ولكنها الضرورة تقدر بقدرها.

وهذا الكلام مردود لما قلنا من قبل إن بين الوقف والسائبة فرقاً كبيراً ولا غرابة شرعاً في خروج المال عن الملك لا إلى مالك مع تنظيم الانتفاع به، بل هو موجود متفق عليه في وقف المساجد، ثم ماذا يفيد ثبوت الملك لهم مع منعهم من التصرفات؟!

وإذا تبين لنا رجحان القول بلزوم الوقف وخروج العين الموقوفة عن ملك الواقف وعدم دخولها في ملك أحد.

بقي بعد ذلك أن تعرف بم يتحقق هذا اللزوم؟

= المساجد لقوله تعالى ﴿وأن المساجد لله﴾ ولكن الراجح الأول.

الفقهاء مختلفون في ذلك، فمنهم من يرى أنه يتحقق بمجرد الصيغة، لأنه يتم بها، وليس بعد تمامه شيء غير لزومه « وإلى هذا ذهب أبو يوسف من الحنفية ويوافقه المالكية[1] وهو المشهور عند الحنابلة[2].

ومنهم من يرى أنه لا يكفي فيه مجرد الصيغة، بل لا بد فيه من تسليم المال الموقوف. وهو في كل شيء بحسبه. ففي المسجد بالإذن بالصلاة فيه، وفي المقبرة بالإذن بالدفن فيها، وفي الدور والأراضي بالتخلية بينها وبين من يتولى شئونها، وإلى هذا ذهب محمد بن الحسن وهو إحدى الروايات عن الإمام أحمد كما يقول ابن قدامة، لأن الوقف لا يتم إلا بالتسليم حيث إنه صدقة مستقبلة وهي تمليك فتكون معتبرة بالصدقة المنجزة والهبة وكلاهما لا يتم إلا بالتسليم إلى المتصدق عليه أو الموهوب له، وإذا توقف التمام على التسليم توقف اللزوم عليه، لأنه لا لزوم إلا بعد التمام.

ولكن أصحاب المذهب الأول يرون أن قياس الوقف على الصدقة والهبة قياس مع الفارق، لأن كلا منهما تمليك مطلق للمال ومنفعته معاً، والوقف لا يفيد تمليك العين، بل هو تحبيس للعين وتسبيل للثمرة، ففيه إسقاط لملكية العين وتمليك للمنفعة، ولكن الراجح فيه جهة الإسقاط فيلحق به، فيكون كالعتق وهو يتم ويلزم بمجرد الصيغة.

ولقد كانت المحاكم تسير على رأي أبي يوسف لأنه الراجح من مذهب الحنفية قبل صدور قانون الوقف عام ١٩٤٦. فكانت جميع الأوقاف لازمة

---

(١) جاء في شرح الرسالة جـ ٣ ص ٣٩.
والصيغة كافية عند المالكية، ويقوم مقامها التخلية بين الذات الموقوفة وبين الناس كالمسجد يبنيه ويفتحه للناس، وكالطاحون أو القنطرة وكل ما ينتفع به عموم الناس.

(٢) المغنى جـ ٥ ص ٥٤٦.

بمجرد صدور الصيغة صحيحة لا يجوز للواقف الرجوع فيها حتى ولو شرط ذلك لنفسه لا فرق بين وقف المساجد وغيرها، كما كان لا يملك التغيير في مصارفه وشروطه إلا إذا شرط ذلك في كتاب وقفه.

ولما جاء القانون أقر ذلك في وقف المساجد وما وقف عليها فمنع الرجوع وكذا التغيير مطلقاً سواء شرطه لنفسه أولا في حياة الواقف وبعد وفاته.

وأباح الرجوع في غير ذلك من الأوقاف، ولكن بعض القيود سيأتي تفصيلها عند الكلام على الرجوع في الوقف في باب الأحكام.

المبحث الثاني
في
أنواع الوقف ومتى وجدت

يتنوع الوقف باعتبار الموقوف عليه أول الأمر إلى وقف خيري، وآخر أهلي.

فالخيري: هو ما جعل ابتداء على جهة من جهات البر ولو لمدة معينة يكون بعدها على شخص أو أشخاص معينين.

فإذا وقف داره لينفق من غلتها على المحتاجين من أهل البلدة أو على المستشفى مؤبداً كان الوقف خيرياً، وكذلك إذا جعلها وقفاً على جهة البر مدة معينة كعشر سنوات مثلا، ثم من بعدها على أشخاص معينين كأولاده مثلاً.

والأهلي: هو ما جعل أول الأمر على معين سواء كان واحداً أو أكثر، سواء كانوا معينين بالذات كأحمد وإبراهيم ومحمود أولاد فلان، أو معينين بالوصف كأولاده أو أولاد فلان، وسواء كانوا أقارب أولا، ثم من بعد هؤلاء المعينين على جهة بر...

فلو جعل أرضه المعينة وقفاً على نفسه مدة حياته ثم من بعده على أولاده، ثم من بعدهم على مسجد الجهة أو جمعية المحافظة على القرآن كان الوقف أهلياً.

ولو جعل هذه الأرض وقفاً ابتداء على جمعية المحافظة على القرآن مدة خمس سنوات، ثم بعد انقضائها تكون وقفاً عليه مدة حياته، ثم على اولاده من بعده كان الوقف خيرياً، فمدار التفرقة بينهما هو الجهة الموقوف عليها أول الأمر.

وكما يكون كله خيرياً فقط أو أهلياً كذلك يكون منوعاً بعضه خيري وبعضه أهلي.

فإذا وقف ماله على نفسه ثم ذريته من بعده، وجعل سهماً معيناً كثلث المال مثلاً، أو مرتباً معيناً كخمسين جنيهاً لينفق منه على مستشفى معين. فان هذا الوقف يكون خيرياً في ثلثه في الصورة الأولى، وفي حصة تغل خمسين جنيهاً في الصورة الثانية، وأهلياً في الباقي.

وإذا وقف ماله على فقراء بلده، وشرط لنفسه أو لذريته أو لشخص معين حصة معينة كخمس مثلاً، أو مرتباً معيناً كعشرة جنيهات كل شهر فان الوقف يكون أهلياً في الخمس في الصورة الأولى، وفي حصة تغل عشرة جنيهات في كل شهر في الصورة الثانية، ويكون خيرياً في الباقي.

وتقسيم الوقف وتسميته بالأهلي والخيري لم يكن موجوداً في العصور الأولى للإسلام، بل كانت الأوقاف معروفة بالصدقات، ولذلك كان يقال: هذه صدقة فلان، والحديث الذي ورد فيه وصفه بالصدقة، وكتب أوقاف الصحابة كلها عبرت عن الوقف بالتصدق: فتصدق بها عمر على كذا وكذا، وتصدق أبو بكر بداره بمكة على ولده، وكثير من هذه التعبيرات.

فهل معنى هذا أنه لم يكن موجوداً من الوقف في صدر الإسلام إلا ما سماه

الفقهاء فيما بعد بالوقف الخيري، وأن النوع الآخر المسمى بالأهلي لم يكن مشروعاً أول الأمر، ثم أحدثه الفقهاء المتأخرون فيما بعد ترغيباً للناس في وقف أموالهم؟.

هكذا قرر جماعة من فقهاء هذا العصر[١] عندما صدر قانون إلغاء الوقف على غير الخيرات، وأنا مع احترامي لرأيهم لا أستطيع أن أسلم ما قالوه على إطلاقه، لأن الآثار الواردة في الوقف تنادي بغير هذا، وهو أن الوقف بنوعيه كان موجوداً من أول وجود الوقف في الإسلام، بل أن وقف عمر الذي يعتبر أساساً لما جاء بعده من أوقاف كان موزعاً بين جهات البر وذوي القربى فتصدق بها عمر في الفقراء، وذوي القربى والضيف وابن السبيل، وهذه العبارة جاءت في كتاب وقف عمر في كتب السنة الصحيحة.

والزيلعي في نصب الراية[٢] يقول جاء في الخلافيات للبيهقي، قال أبو بكر

---

(١) فالأستاذ الشيخ خلاف ـ عليه رحمة الله ـ يقول في كتابه الوقف الجديد. إن ما كان في زمن الرسول والصحابة هو الخيري فقط، والأهلي لم يوجد إلا في القرن الثاني الهجري.

والأستاذ الشيخ أبو زهرة في بحث له في أدوار الوقف وإلغائه في مجلة القانون والاقتصاد في عدد مارس ويونيه سنة ١٩٥٣ يقول: إن الوقف في الأصل صدقة أي كان متمحضاً للخير فلم يكن منه شيء على الذرية والأهل يدل لذلك أن الحديث الصحيح القوي وهو وقف عمر كان صدقة محضة: ولما انقضى عصر الصحابة بدا الناس ينحرفون عن هذا الأصل واتخذوا من الوقف المشروع ذريعة إلى محاربة نظام المواريث بل إن ذلك بدأ في أواخر عصر الصحابة في عهد الأمويين، ولذا روي عن عائشة أم المؤمنين أنها قالت: «ما وجدت للناس مثلاً اليوم في صدقاتهم إلا كما قال الله عز وجل ﴿ وقالوا ما في بطون هذه الأنعام خالصة لذكورنا ومحرم على أزواجنا وإن يكن ميتة فهم فيه شركاء﴾ والله إنه ليتصدق الرجل بالصدقة العظيمة على ابنته فترى نضارة صدقته عليها، وترى ابنته الأخرى وإنه لتعرف عليها الخصاصة لما أبوها أخرجها من صدقته»، ولقد أبطل شريح القاضي في عهد الأمويين الأحباس لما رأى فيها من الجور وحرمان النساء: اهـ المقصود منه.

(٢) ج ٤ ص ٤٧٨.

عبد الله بن الزبير الحميدي: «تصدق أبو بكر بداره بمكة على ولده فهي إلى اليوم»، وتصدق عمر بربيعه عند المروة وبالثنية على ولده فهي إلى اليوم، وتصدق علي بأرضه وداره بمصر، وبأمواله بالمدينة على ولده فذلك إلى اليوم، وتصدق سعد بن أبي وقاص بداره بالمدينة، وبداره بمصر على ولده، فذلك إلى اليوم، وعثمان برومة[1] فهي إلى اليوم، وعمرو بن العاص بالوهط من الطائف وداره بمكة والمدينة على ولده فذلك إلى اليوم، قال ومالا يحضرني كثير».

وهذا الأثر نقله ابن قدامة في المغنى[2] بعبارة قريبة من هذه.

ولقد جاء في كتاب الاسعاف[3] في أحكام الأوقاف آثار كثيرة في وقف كبار الصحابة على أولادهم نكتفي بذكر بعضها.

الأثر الأول: قال حدثني ابن أبي سيرة عن إسماعيل بن أبي حكيم، قال شهدت عمر بن عبد العزيز ورجل يخاصم إليه في عقار حبس لا يباع ولا يوهب ولا يورث،فقال يا أمير المؤمنين كيف تجوز الصدقة لمن لا يأتي ولم يدر أيكون أم لا، فقال عمر رضي الله عنه. أردت أمراً عظيماً، فقال يا أمير المؤمنين إن أبا بكر وعمر كانا يقولان لا تجوز الصدقة ولا تحل حتى تقبض، قال عمر بن عبد العزيز رحمه الله الذين قضوا بما تقول هم الذين حبسوا العقار والأرضين على أولادهم وأولاد أولادهم عمر وعثمان وزيد بن ثابت، فإياك والطعن على من سلفك، والله ما أحب أني قلت ما قلت وأن لي جميع ما تطلع عليه الشمس أو تغرب، فقال يا أمير المؤمنين: إنه لم يكن لي به علم، فقال عمر: استغفر ربك

---

(١) رومة: هي بئر سبلها للمسلمين وكان دلوه فيها كدلاء المسلمين.

(٢) ج ٥ ص ٤٤٥.

(٣) ص ٥ وما بعدها وهذه الآثار، نقلها عن كتاب الاوقاف لابي بكر الخصاف وهو من فقهاء الحنفية المتقدمين.

وإياك والرأي فيمن مضى من سلفك، أو لم تسمع قول عمر رضي الله عنه للنبي ﷺ: إن لي مالا أحبه، فقال رسول الله ﷺ « احبس أصله وثمره، ففعل، فلقد رأيت عبد الله بن عبيد الله يلي صدقة عمرو أنا بالمدينة والٍ عليها فيرسل إلينا من ثمرته. ا هـ

الأثر الثاني: يروي فيه عبارة كتاب وقف عثمان على ولده، وكان موجوداً عند عبد الرحمن بن أبان بن عثمان وهي « بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به عثمان بن عفان في حياته تصدق بماله الذي بخيبر يدعى مال ابن أبي الحقيق على ابنه أبان بن عثمان صدقة بتلة لا يشتري أصله أبداً ولا يوهب ولا يورث شهد على ذلك علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وأسامه بن زيد: أ. هـ.

الأثر الثالث: ما روي من أن الزبير بن العوام حبس دوره فجعلها على بنيه لا تباع ولا تورث ولا توهب، وأن للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضر بها، فإذا استغنت بزوج فليس لها حق».

الأثر الرابع: ما روي أن السيدة عائشة رضي الله عنها وقفت دارا اشترتها وكتبت في شرائها « إني اشتريت داراً وجعلتها لما اشتريتها له فمنها مسكن لفلان ولعقبه ما بقي بعده إنسان، ومسكن لفلان وليس فيه لعقبه ثم يرد إلى آل أبي بكر».

كما روي أن زيد بن ثابت حبس داره على ولده وولده وعلى أعقابهم داره لا تباع ولا توهب ولا تورث».

وغير ذلك كثير...

ثم مالنا نذهب بعيداً في إثبات هذا الأمر فنروي فيه آثاراً عن الصحابة، وأخبار أوقافهم « وهذا حديث صريح لرسول الله ﷺ لا يحتمل تأويلاً، يجيز فيه الرسول للرجل أن ينتفع مع غيره بما وقفه وذلك فيما رواه النسائي والترمذي

عن عثمان أن النبي ﷺ قدم المدينة وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومه، فقال: من يشتري بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له في الجنة. فاشتريتها من صلب مالي[1] ».

فهل بعد كل هذا يقال: إن الوقف في صدر الإسلام كان متمحضاً للبر، ولم يكن منه شيء على الذرية والأقارب؟!

إن الجواب الصحيح لهذا التساؤل ينادي بعكس ما قيل.

نعم إن الناس قد انحرفوا بأوقافهم عن الجادة المستقيمة التي رسمها الإسلام وساروا بها - حسب أهوائهم -في طريق معوج مليء بالأشواك يحيط بجانبيه الظلم ويجري فيه الحرمان، فاحدثوا فيها ما الإسلام منه براء حتى تعدوا بها حدود الله فحقت عليهم كلمة الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز « تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور » فألغت الدولة الكثير من الأوقاف القائمة. ومنعتهم من إنشائها في مستقبل الأيام.

فائدة التقسيم الآن:

تظهر فائدة هذا التقسيم بعد إلغاء الوقف الأهلي في معرفة الوقف الجائز فيعمل به من يريد، وغير الجائز فيمتنع عنه، أو لا تسمع الدعوى فيه، وكذلك في تمييز الوقف المنتهي بحكم القانون. وهو ما كان الآن مصروفاً لغير جهات البر عن الوقف القائم. وهو ما كان مصروفاً لجهة من جهات البر..

---

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٨ وفي ص ٢٠ يقول: روي البغوي قال: كانت لرجل من بني غفار بئر يقال لها رومة، وكان يبيع القربة بمد، فقال له النبي ﷺ فبعينها بعين في الجنة، فقال يا رسول الله، ليس لي ولا لعيالي غيرها فبلغ ذلك عثمان فاشتراها بخمسة وثلاثين ألف درهم، ثم أتى النبي ﷺ فقال: أتجعل لي ما جعلت له. قال نعم قال جعلتها للمسلمين. ا هـ.

الفصل الثاني

في ركن الوقف وبم يتحقق وبأي شيء يثبت الاستحقاق فيه!

يرى بعض الفقهاء أن للوقف أركاناً أربعة الواقف والموقوف والموقوف عليه والصيغة الدالة على إنشائه بناء على تفسيرهم الركن. بأنه ما يتوقف عليه الشيء، ولا شك في أن هذه الأمور الأربعة يتوقف عليها وجود الوقف.

ويذهب آخرون إلى أن للوقف ركناً واحداً وهو الصيغة المنشئة وما عداها أمور لازمة لوجود الصيغة بناء على تفسيرهم الركن: بأنه ما كان جزءاً من حقيقة الشيء. أو ما به قوامه ووجوده.

وهو خلاف راجع إلى اختلاف في أمر اصطلاحي لا يترتب عليه ثمرة.

وأياً ما كان فالرأيان متفقان على أن الصيغة ركن وأن الوقف يوجد ويتحقق بها في الخارج.

وقد اتفق الفقهاء على أن الوقف من التصرفات التي توجد بإرادة واحدة فيكفي في تحققها وجود الايجاب من الواقف، وأما القبول من الموقوف عليهم فليس بركن، فصيغة الوقف هي كل ما يصدر من الواقف دالاً على إنشاء الوقف لفظاً كان أو فعلاً أو إشارة.

يستوي في ذلك لفظ الوقف والحبس والصدقة وغيرها من كل ما يدل على حبس العين والتصدق بالغلة والثمرة، وأما الفعل فيشترط فيه جريان العرف

بإنشاء الوقف به كالإذن بالصلاة في وقف المسجد، والدفن في المقبرة، والشرب من السقاية، ويكفي في الإذن التخلية بينه وبين الناس للانتفاع به.

ولا يشترط في الإشارة إلا كونها صادرة من غير القادر على الكلام كالأخرس مفهمة للمقصود منها.

وبعد اتفاق الفقهاء على أن القبول ليس ركناً في الوقف اتفقوا على أنه ليس شرطاً في صحته، ولا في الاستحقاق فيه إذا كان الموقوف عليه غير معين.

واختلفوا فيما إذا كان الموقوف عليه معيناً فمنهم من جعله شرطاً، ومنهم من لم يشترطه، فالمالكية شرطو لصحة الوقف والاستحقاق فيه القبول من الموقوف عليه المعين إن كان أهلاً له أو من وصية أو القيم عليه إن لم يكن أهلاً، فإن قبل صح وثبت الاستحقاق، وإن رده بطل في حقه وانتقل الحق للفقراء والمساكين جاء في شرح رسالة ابن أبي زيد[1]

« ولا تتوقف صحة الوقف على قبول حيث كان على غير معين كالفقراء والمساكين أو على مسجد لتعذره منه، وأما على معين كزيد فإنه يشترط قبوله إن كان أهلاً للقبول أو وليه إن كان محجوراً عليه، وإن لم يكن للموقوف عليه الصغير أو المجنون ولي فيقيم له السلطان من يقبل له، فإن رد الموقوف عليه المعين الأهل ما وقفه الغير عليه في حياة الواقف أو بعد موته فإن الوقف يرجع حبساً للفقراء والمساكين.

والحنابلة في قول يشترطون القبول الصريح للاستحقاق فإن لم يقبل لا يستحق شيئاً، وإن رده بطل حقه وكذلك إذا سكت.

ووجهوا هذا الرأي بأنه تبرع لآدمي فأشبه الهبة والوصية، وهما لا يثبت

---

(١) جـ ٣ ص ٣٩ وما بعدها.

الملك فيها للمعين إلا بالقبول فكذلك الوقف.

ولكن المشهور عندهم أن القبول ليس بشرط للاستحقاق، لأن الوقف إزالة ملك يمنع التصرفات من بيع وهبة وغيرهما فلا يعتبر فيه القبول. كالعتق، والقياس على الهبة والوصية قياس مع الفارق، لأن الوقف في هذه الصورة لا يختص بالمعين، بل له ولمن بعده بخلاف الهبة والوصية فإنهما مختصان بالموصي له والموهوب فلزم فيهما القبول.

وعلى هذا الرأي يثبت الاستحقاق مطلقاً سواء قبل أو رد أو سكت فهو لا يتأثر بالرد ما دام الملاحظ فيه أنه إزالة ملك الواقف فقط[1].

وذهب الشافعية والحنفية على المشهور في كتبهم[2] إلى أنه ليس بشرط لا في صحة الوقف ولا في الاستحقاق فيصح متى صدرت الصيغة صحيحة، ويستحق الموقوف عليه الثمرة والغلة، وإن لم يصدر منه قبول إلا أنه إذا رده يبطل استحقاقه، وينتقل الحق إلى من يليه متى كان أهلا للرد. ولا يقبل الرد من وليه أو وصيه أو القيم عليه، لأن الرد ضرر محض فلا يقبل من هؤلاء.

وإنما قبل الرد منه إذا كان أهلا لأن الأموال لا تدخل في ملك أحد إرادته إلا في الميراث فإنه بجعل الشارع.

موقف القانون من القبول:

كان المعمول به قبل صدور قانون الوقف سنة ١٩٤٦ الراجح من مذهب

---

(١) المغنى جـ ٥ ص ٥٤٧.

(٢) يرى صاحب الأسعاف غير ذلك ففي ص ١٥ يقول: إن وقع لشخص بعينه وجعل آخره للفقراء يشترط قبوله في حقه فإن قبله كانت الغلة له وإن رده تكون للفقراء ويصير كأنه مات. ومن قبل ما وقف عليه ليس له الرد بعده ومن رده أول الأمر فليس له القبول بعده.

الحنفية فلم يكن القبول شرطاً لثبوت الاستحقاق في أي صورة من صور الوقف.

ثم جاء القانون مقرراً ذلك ولم يستثن منه غير صورة واحدة شرط فيها القبول لاستحقاق الموقوف عليهم. وهي ما إذا كان الموقوف عليه جهة خيرية لها من يمثلها قانوناً كالجمعيات الخيرية التي لها رؤساء يمثلونها فيتكلمون باسمها ويقبلون الهبات والتبرعات لها: والجهات العلمية العامة كالجامعات مثلاً.

فقد شرط القانون لاستحقاق تلك الجهة غلة الوقف وثمرته قبول من يمثلها فإن لم يقبل بطل الاستحقاق، وانتقل إلى الموقوف عليه الذي يلي هذه الجهة إن وجد،فإن لم يوجد اعتبر الوقف منتهياً.

كما صرحت بذلك المادة التاسعة[1]. ويستوي في هذا الحكم كون الوقف على نفس الجهة أو على أشخاص تابعين لها بعنوان تبعيتهم، كأن يقول الشخص وقفت داري هذه لسكنى الطلبة الغرباء بجامعة الاسكندرية، أو وقفت أسهمي في شركة الحرير الصناعي على الطلبة الفلسطينيين بالأزهر، وهذا الاستثناء له حكمته المأخوذة من الحوادث السابقة على وضع القانون.

فقد دلت تلك الحوادث على أن بعض الواقفين ممن لهم أغراض غير شريفة يعملون على الوصول إلى أغراضهم باسم الوقف وتحت ستار البر وعمل الخيرات.

---

(١) ونصها: لا يشترط القبول في صحة الوقف ولا يشترط كذلك في الاستحقاق ما لم يكن الموقوف عليه جهة لها من يمثلها قانونا فإنه يشترط في استحقاقها القبول.

فإن لم يقبل من يمثلها انتقل الاستحقاق لمن يليها متى وجد، وإن لم يوجد أصلا أخذ حكم الوقف المنتهي المبين في المادة ١٧.

والذي بين المادة ١٧ هو أن الوقف يصير ملكا للواقف إن كان حيا، فإن لم يكن كان ملكاً للمستحقين. فإن لم يكن صار ملكاً لورثة الواقف يوم وفاته، وإلا كان للخزانة العامة.

فمن الناس من يريد التدخل في شئون الجمعيات والمؤسسات العلمية أو الدينية للاستيلاء عليها أو العبث بنظمها، أو استغلال الأفراد التابعين لها، أو بث مبادىء معينة فيها فيقف بعض ماله أو كله عليها ليصل بذلك إلى ما يريد

نظر المشرع لهذا الامر الخطير فعمل على سد ذريعة الفساد، وقطع الطريق على هؤلاء المغرضين الذين لو مكنوا من تحقيق أغراضهم الخبيثة بهذه الأوقاف الصورية لنجم عن ذلك شر مستطير، وبلاء كبير فشرط هذا الشرط.

لأن المفروض فيمن يمثل جهة من هذه الجهات أن يكون حريصاً على مصلحتها عاملا على دفع الشرور عنها، فإذا وقف عليها بحث هذا الوقف فإن وجده قصد به الخير، وليس وراءه شيء من الأغراض السيئة قبله فاستحقت هذه الجهة أو الأشخاص التابعون لها ريع الوقف. وإن وجده غير ذلك رده فانتقل الاستحقاق إلى من يليها إن وجد، وإلا طبق على هذا الوقف حكم الوقف المنتهي.

والقانون أخذ هذ الاشتراط من مذهب الحنابلة[1] ـ كما في مذكرته التفسيرية ـ ثم إن المراد من القبول المشروط هنا هو القبول الصريح، ولا يكتفي فيه بعدم الرد، ومعنى هذا أنه إذا رد أو سكت لا يثبت الاستحقاق، وهذا مأخوذ من إطلاق القبول، فإن المطلق ينصرف إلى الفرد الكامل، ومما يؤيد ذلك ما جاء في المذكرة التفسيرية. من أنه لا بد من قبول الممثل ولا يكفى قبول غيره..

---

(١) يلاحظ أن المذكور في كتب الحنابلة. أن المشروط قبوله هو الموقوف عليه الأدمي المعين، يقول ابن قدامة في المغنى « قال أبو الخطاب إن كان الوقف على غير معين كالمساكين أو من لا يتصور منه القبول كالمساجد والقناطر لم يفتقر إلى قبول وإن كان على آدمي معين ففي اشتراط القبول وجهان، لكن واضعي القانون تحايلوا لادخال هذه الصورة تحت قول من الأقوال فقالوا: إن المعين نوعان مشخص حقيقي واحداً كان أو أكثر، ومشخص معنوي وهو الجهة التي لها من يمثلها قانوناً. ولو قالوا: إن =

بقي لنا أن نتساءل عن أمرين متعلقين بهذا الاشتراط.

أولهما: ما هي الإجراءات التي تتخذ لمعرفة قبول الممثل لجهة أو عدم قبوله، هل لهذا القبول وقت محدد إن لم يجب فيه بأحد الأمرين اعتبر هذا السكون فضاً كما في القبول في الوصية الذي بينته المادة الثانية[1] والعشرون من قانونها قم ٧١ لسنة ١٩٤٦؟

وثانيهما: هل لهذا الاشتراط فائدة الآن بعد أن آلت النظارة على جميع لأوقاف الخيرية لوزارة الأوقاف بحكم القانون؟

الجواب عن الأول: إنه ليس هنا إجراءات خاصة تتبع،لأن القانون سكت ن هذه المسألة، كما أن مذكرته التفسيرية لم تشر إليها، ولا يمكن الرجوع فيها لمراجح من مذهب الحنفية الذي يعتبر أصلاً عاماً في كل ما سكت عنه القانون أن هذا إجراء لم يعرض له هذا المذاهب ببيان حيث لم يجعل للقبول أي عتبار[2] حتى يفصل حكم التأخير فيه.

ولم يكن قانون الوصية موجوداً عند صدور قانون الوقف حتى يقال: إنه رك بيانه اعتماداً على البيان السابق فيه، ولو كان غرض المشرع تطبيق الإجراء لمتبع في الوصية في الوقف لتدارك هذا النقص بتشريع لاحق، لكنه لم يفعل عملنا أنه لا يريد أن يجعل الوقف كالوصية في اعتبار التأخير في الرد رفضاً.

المصلحة تقتضي هذا الاشتراط دفعاً للفساد لكان أوجه من هذا التحايل.

١) ونصها: «لا يشترط في القبول ولا في الرد أن يكون فور الموت. ومع ذلك تبطل الوصية إذا أبلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له باعلان رسمي مشتمل على بيان كاف عن الوصية وطلب منه قبولها أو ردها ومضي على علمه بذلك ثلاثون يوماً كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية ولم يجب بالقبول او الرد كتابة أن يكون له عذر مقبول.

٢) إذا استثنينا ما سبق أن نقلناه عن كتاب الاسعاف من أن القبول شرط لاستحقاق الموقوف عليه المعين.

لأن التأخير في الوصية من غير حد ينتهي عنده يترتب عليه ضرر حيث إن الملك هناك معلق على معرفة رأي الموصي له . إن قبل الوصية كان الملك له ، وإن لم يقبلها كان للورثة ، والوصية قد لزمت بموت الموصي ولا يمكن إنهاؤها قبل معرفة رأي الموصى له ، بخلاف التأخير في الوقف فإنه لا ضرر فيه على أحد ، لأن الواقف يدفع الريع لتلك الجهة إن قبل الممثل ، أو يدفعه إلى غيرها إن لم يقبل ، أو يرتد إليه وقفه إن لم تكن جهة أخرى ، وهذه مسألة لا يضره فيها التأخير .

على أن الواقف يستطيع أن يرجع عن وقفه متى شاء طول حياته في غير وقف المسجد وما وقف عليه ، فلو تأذى من التأخير رجع عن وقفه وانتهت المسألة بخلاف الوصية بعد موت الموصي فإنه لا يتصور الرجوع فيها ولا يملك الورثة إبطالها .

والجواب عن الثاني : إن هذا الاشتراط أصبح قليل الفائدة ، لأن وزارة الأوقاف التي آلت النظارة ستتسلم المال الموقوف من الواقف وتتولى شئونه ، وتوصل الريع إلى تلك الجهة ، فلا يكون للواقف علاقة بها ، وهي باعتبار أنها أمينة على مصالح الجهات الخيرية ليس لها أغراض يخاف منها على الجهة الموقوفة .

والواقف وإن كان له الحق في اشتراط النظارة لنفسه ما دام حياً إلا أن التشريعات الجديدة في الوقف تجعل لوزير الأوقاف أن يسلبه هذا الحق إذا ما أساء استعماله .

الباب الثاني

في الشروط وما يلحق بهما من شروط الواقفين
وفيه فصول

تمهيد: قدمنا أن وجود الوقف يتوقف على وجود أمور أربعة هي الواقف، والموقوف، والموقوف عليه، والصيغة التي تعبر عن إرادة الواقف.

ومجرد وجود هذه الأمور لا يكفي لوجود الوقف شرعاً بحيث تترتب عليه آثاره المقصودة منه، بل لا بد من تحقق أوصاف في كل واحد منها ليصح الوقف وهذه الأوصاف هي المعروفة عند الفقهاء باسم الشروط.

والشروط جمع شَرْط وهو في اللغة إلزام الشيء والتزامه.

وفي الاصطلاح الشرعي. ما يتوقف عليه وجود الشيء شرعا وليس جزءاً من حقيقته، وبالتحريك (الشرط) العلامة المميزة، وجمعه أشراط، ومنه أشراط الساعة. أي علاماتها[1].

---

(١) القاموس المحيط، وأساس البلاغة.

الفصل الأول
فيما يشترط في الصيغة

عرفنا مما سبق أن الوقف من التصرفات التي توجد بإرادة واحدة، وأن ركنه هو الإيجاب فقط، وأن القبول ليس ركناً فيه بالاتفاق، كما أنه ليس شرطاً لصحته ولا للاستحقاق فيه إلا في إحدى صوره في بعض المذاهب. فصيغة الوقف هي الإيجاب الذي يصدر من الواقف دالاً على إرادته ورغبته يستوي في ذلك الكلام والكتابة والإشارة من العاجز عن التعبير بغيرها متى كانت دالة على مراد الواقف دلالة واضحة. والفعل إذا كان دالاً في عرف الناس.

وصيغ التصرفات بوجه عام تصدر من أصحابها على أشكال مختلفة. فتارة تكون منجزة، وأخرى تكون معلقة أو مضافة، وهي مع هذا قد تكون مقيدة بشرط أو مجردة عنه، وهذه الشروط منها الصحيح وغير الصحيح.

من أجل هذا شرط الفقهاء في صيغة الوقف شروطاً لا بد منها لصحته، والقانون أقر بعض هذه الشروط، وألغى البعض الآخر، ثم أتى بشرط جديد لم يذكره الفقهاء وإليك تفصيل ذلك:

الشرط الأول: ألا تكون الصيغة معلقة على أمر غير موجود وقت الوقف.

ولتوضيح هذا الشرط نبين الفرق بين الصيغة المنجزة والمعلقة والمضافة **فنقول**:

الصيغة المنجزة: هي التي تدل على إنشاء الوقف وترتيب آثاره عليه في الحال مثل قول الواقف: وقفت هذه الأرض على مسجد بلدتي، ولا خلاف بين الفقهاء في أن هذه الصيغة يصح بها الوقف، وتترتب عليه آثاره من وقت صدورها من الواقف ما دامت الشروط الأخرى مستوفاة.

والصيغة المضافة: هي التي تدل على إنشاء الوقف من غير أن تترتب عليه آثاره في الحال، بل تتأخر إلى زمن مستقبل أضيفت إليه. مثل أن يقول الواقف وقفت هذه الأرض لينفق منها على الطلاب المحتاجين من أول العام الدراسي المقبل، فإن هذه الصيغة تنشيء الوقف في الحال. لكن آثاره وهي استحقاق الطلاب المحتاجين للنفقة من ريع هذه الأرض لا توجد إلا في الوقت المضاف إليه وهو أول العام، وحكم هذه الصيغة يختلف باختلاف الزمن الذي أضيفت إليه. فإن أضافها إلى ما بعد الموت كأن يقول. وقفت هذه الأرض على ذلك المسجد لينفق منها على مصالحه بعد موتي كان هذا الوقف وصية تأخذ أحكام الوصية، وتلزم الورثة إذا مات الواقف مصراً على وقفه ولم يرجع عنه، لأن العبرة في العقود والتصرفات للمعاني لا للألفاظ.

وإن كانت الإضافة إلى وقت آخر غير ما بعد الموت ففي صحتها روايتان في مذهب الحنفية. **إحداهما**: إنها تصح ويستحق الموقوف عليهم الريع من حين مجيء الوقت المضاف **إليه**، والثانية: إنها لا تصح فلا وقف ولا استحقاق.

ومنشأ اختلاف الروايتين، إن الوقف يشبه الإسقاط من ناحية أنه إخراج العين الموقوفة عن ملكه، ويشبه الإجارة من جهة أن المقصود منه انتفاع الموقوف عليهم بالريع. ويشبه التمليكات من جهة أنه يجعل العين على حكم ملك الله تعالى بعد إخراجها عن ملكه ليملك الموقوف عليهم منفعتها، فللشبهين الأول والثاني يصح إضافته لأن الإسقاطات والإجارة مما تصح إضافتها، وللشبه الثالث لا يصح إضافته لأن التمليكات لا تقبل الإضافة، ولقد رجحوا

الرواية الأولى لما فيها من التوسعة على الناس في أوقافهم.

الصيغةالمعلقة : هي التي تفيد إنشاء الوقف على تقدير وجود أمر في المستقبل باداة من أدوات التعليق، فإن وجد ذلك الأمر وجد الوقف حين وجوده، وإن لم يوجد فلا وقف، فهذه الصيغة لا تدل على إنشاء الوقف ووجوده من حين صدوره وبالأولى لا تدل على ترتيب الآثار عليه، لأن المعدوم لا تترتب عليه آثار وجودية مثل أن تقول: إن نجحت في الامتحان وقفت هذه الدار لسكنى الطلبة الغرباء، فإنك لم تنشىء بهذه العبارة وقفاً ولم ترد ذلك، بل قصدت بها إن تحقق النجاح في المستقبل أنشأت الوقف، وإن لم يتحقق فلا وقف.

وحكم هذه الصيغة يختلف باختلاف الشرط المعلق عليه، فان كان المعلق عليه موت الواقف[1] يكون وصية بالوقف فيأخذ حكم الوصية فيلزم الورثة تنفيذها بعد موته إذا مات مصراً عليها من غير رجوع.

وإن كان المعلق عليه أمراً آخر غير موت الواقف فإن كان محققاً حين صدوره صح الوقف وترتيب عليه آثاره لأن هذا تعليق صوري، وهو في الحقيقة تنجيز، فلو قال قائل: إن كانت هذه الدار ملكي فقد وقفتها على فقراء هذه البلدة، وتبين أن هذه الدار كانت ملكاً له حين صدور الكلام منه بأن ملكها بالإرث قبله صح الوقف.

وإن كان المعلق عليه معدوماً في الحال، ويحتمل وجوده في المستقبل فلا

---

(١) ينبغي ملاحظة أن صحة الوقف عند تعليقه على الموت متوقفة على الإطلاق في الموت المعلق عليه لأنه محقق لا محالة، أما إذا علق على موت مقيد كأن يقول: إن مت في عامي هذا أو من هذا المرض فقد وقفت أرضي هذه فلا يصح لأن المعلق عليه غير محقق الوقوع فيحتمل وجوده ويحتمل عدمه.

يصح الوقف بهذه الصيغة مراعاة لشبهه بالتمليكات التي لا تقبل التعليق لما فيه من الخطر وهو احتمال الوجود والعدم.

فإذا قال الشخص: هذه العمارة صدفة موقوفة على فقراء الطلاب إن ملكتها فإنها لا تكون وقفاً إذا ملكها، لأنه لم ينشيء وقفاً بعبارته السابقة، وإنما علقه على أمر معدوم كأنه قال: إن ملكت هذه العمارة كانت وقفاً وإن لم أملكها فلا وقف.

والقانون لم يأت بحكم يخالف هذا. بل إنه بعدما شرط في صحته صدور إشهار رسمي أمام المحكمة ممن يملكه لا يتصور أن يوجد وقف معلق على أمر غير موجود.

الشرط الثاني: ألا تكون مقترنة بشرط باطل في وقف غير المسجد. وهو كل شرط يخل بأصل الوقف أو ينافي حكمه مثل ما إذا قال: وقفت أرضي هذه على المسجد على أن لي أن أبيعها وأنفق ثمنها كيف شئت مثلاً، فإذا صدرت الصيغة مقترنة بشرط باطل لا يصح الوقف ولا يترتب عليه أي أثر، وهذا على الرأي الراجح من مذهب الحنفية، وفي رواية عن أبي يوسف أنه يبطل الشرط ويصح الوقف وعلى هذه الرواية لا يشترط هذا الشرط، وقد اختار المتأخرون هذه الرواية للفتوى وأما وقف المسجد فلا يتأثر بهذا الشرط بالاتفاق فيصح الوقف ويلغو الشرط.

والقانون لم يقر هذا الشرط لأنه لم يجعل للشروط تأثيراً في الوقف، بل الشرط في نظره إما صحيح يجب الوفاء به، وإما غير صحيح يقع باطلاً ويصح الوقف وسيأتي توضيح ذلك في بحث شروط الواقفين.

الشرط الثالث: ألا تكون مقترنة بما يدل على التأقيت. فإذا قال أرضى هذه وقف على فقراء بلدتي مدة عشر سنوات، أو وقف على هذا الملجأ إلى أن

يتخرب لا يصح الوقف.

وهذا الشرط متفق عليه بين الصاحبين، والخلاف بينهما إنما هو في بعض صوره، فمن لاحظ هذه الصور ذكر الخلاف بينهما، ولسنا هنا بحاجة إلى ذكر هذه التفاصيل.

وهذا الشرط يستلزم أن يكون الموقوف عقاراً، وأن يكون آخر مصارف الوقف جهة بر لا تنقطع كالفقراء والمساكين مثلاً، وإنما اشترطوا هذا الشرط لأن الوقف شرع ليكون صدقة دائمة فتوفيته ينافي حكمه الذي شرع لأجله، وخالف الإمام مالك في هذا الشرط فجوز أن يكون الوقف مؤقتاً لمدة معينة ينتهي بعدها ويعود للواقف حرية التصرف كما كان قبل الوقف.

أما القانون: فقد جاءت مادته الخامسة ببيان حكم التأبيد والتوقيت ونصها « وقف المسجد لا يكون إلا مؤبداً. ويجوز أن يكون الوقف على ما عداه من الخيرات مؤقتاً أو مؤبداً، وإذا أطلق كان مؤبداً. أما الوقف على غير الخيرات فلا يكون إلا مؤقتاً »، وبعد أن بينت حد التوقيت فيه قالت « ويجوز للواقف تأقيت وقفه الصادر قبل العمل بهذا القانون طبقاً لأحكام الفقرات السابقة متى كان له حق الرجوع ».

فأنت ترى من فقرات هذه المادة أنه قد وافق ما كان معمولاً به قبله في موضع وخالفه في مواضع.

أما الموافقة ففي المسجد وما وقف عليه فإنه لا يكون إلا مؤبداً[1]،

---

(١) فالحنفية والشافعية يرون أن وقف المسجد لا يكون إلا مؤبداً فإذا نص عليه أو أطلق كان مسجداً، وإذا شرط التوقيت فيه كأن يقول. جعلت هذه الدار مسجداً مدة عشر سنوات =

والتوقيت فيه يكون لغوا يؤخذ ذلك من منطوق الفقرة الأولى بالنسبة لوقف المسجد، أما حكم ما وقف عليه فيؤخذ من مفهوم الفقرة الثانية، ويجوز أن يكون الوقف على ما عداه من الخيرات مؤقتاً أو مؤبداً » لأنها ناطقة بجواز التوقيت والتأبيد فيما وقف على غير المسجد من الخيرات وسكتت عما وقف على المسجد، وحكم المسكوت عنه يؤخذ إما من المفهوم، وإما من حكم اللزوم. فقد سوى فيه بين وقف المسجد وما وقف عليه في أنه لا يكون إلا لازماً، أو من الراجح في مذهب الحنفية وهو التأبيد لأن ذلك هو حكم كل مسكوت عنه في القانون.

وأما المخالفة: فأولاً في الوقف الخيري على غير المسجد فإنه جوز فيه التوقيت والتأبيد، فإذا وقف شخص مالا معيناً على مصلحة أو ملجأ أو مدرسة أو غيرها، فله أن يجعل ذلك مؤيداً وله أن يوقته لمدة معينة، وإذا أطلق الوقف عن التأبيد والتأقيت كان مؤبداً عملا بالأصل، لأن الأوقاف في أصلها صدقات مؤبدة. فالواقف لما لم يوقته دل ذلك على أنه أراد التأبيد.

ولقد برر واضعوا القانون جواز تأقيت هذا النوع من الوقف بأن تأبيد الوقف يقضي بحبس العين عن التداول، وقد يؤثر ذلك أثراً سيئاً في الثروة العامة.

والقانون في هذا أخذ بمذهب المالكية القائلين بجواز أن يكون الوقف مطلقاً مؤيداً أو مؤقتاً بوقت معين.

= صح الوقف وبطل الشرط عند الشافعية « شرح المنهاج جـ ٣ ص ٢٢٨ »، وكذلك عند الحنفية. وأما المالكية فأنهم أجازوا ذلك وكان مسجداً في المدة المعينة ويعود بعدها إلى ملك الواقف أو ورثته إذا مات « منح الجليل جـ ٤ ص٧٧ ».

ثانياً: في الوقف الأهلي فقد شرط فيه أن يكون مؤقتاً. والمخالفة هنا أشد منها في الحالة السابقة، لأنه نقل فيها الوقف من حالته الأولى إلى حالة أخرى نقيضها وهي منع التأييد، وليس لهذا سند من أي مذهب من مذاهب القائلين بمشروعية الوقف، لأنهم ما بين مشترط للتأيد وما بين مجوز للتوقيت، وأما منع التأييد باشتراط التوقيت فلا نعلم أحداً ذهب إليه منهم.

ولقد برر واضعوا المشروع هذا الاشتراط بما جاء في مذكرته التفسيرية.

إن في هذا الوقف حجراً على الموقوف عليهم وخاصة الأجيال المقبلة الذين لا يعلم الواقف من أمرهم شيئاً، ولم يتبين له من أخلاقهم وتصرفاتهم ما يبرر حجره عليهم. بل إن أكثر الطبقات من الموقوف عليهم لا يخلقون إلا بعد موته، هذا إلى أن التأييد كثيراً ما يجر إلى ضآلة الأنصبة، ويتبع ذلك عدم الاكتراث بالوقف وإهمال شئونه ثم ضياعه أو تخربه ـ وهذه العوامل مجتمعة تقضي بأن الخير في أن يكون الوقف الأهلي مؤقتاً لا تأييد فيه، وأن يكون تأقيته لمدة مقبولة.

ثالثاً: إنه جوز للواقف أن يؤقت في وقفه الذي صدر منه قبل العمل بالقانون إذا كان له حق الرجوع فيه.

ومن هذا التفصيل ندرك أن حكم تأييد الوقف وتوقيته مرتبط بلزومه وعدمه، فكل وقف لازم لا يكون إلا مؤبداً، وكل وقف غير لازم لا يلزم فيه التأييد إذا استثنينا الوقف الأهلي المشترط فيه التوقيت، وكذلك في الأوقاف السابقة كل وقف لازم لا يجوز فيه الرجوع لا يجوز توقيته والعكس صحيح.

الشرط الجديد في القانون

لم يشرط الفقهاء في الصيغة لصحة الوقف غير ما تقدم من شروط متفق عليها أو مختلف فيها، فإذا توفرت هذه الشروط مع الشروط الأخرى صح الوقف وترتبت عليه آثاره. سواء كتب به ورقة أو لم يكتب. صدر به إشهاد رسمي أو لا.

ومع أن بعض الفقهاء شرط لصحة التصرف كتابته إلا أنه لم يوجد فقيه من فقهاء المسلمين شرط لصحة الوقف، أو أي تصرف من التصرفات صدور إشهاد رسمي به.

ولقد كان العمل على هذا بالمحاكم المصرية قبل صدور قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦، فكان الوقف يعتبر صحيحاً في نظر القضاة، فتسمع الدعوى المتعلقة به ما دام المدعي عليه معترفاً به غير منكر له سواء وجد إشهاد رسمي أو لم يوجد، ولم يكن يشترط فيه حينذاك وجود الإشهاد الرسمي إلا في حالة الإنكار.

وهذا الاشتراط حكم إجرائي لا علاقة له بصحة الوقف، لأنه شرط لسماع الدعوى في هذه الحالة. فالقضاة ممنوعون من سماع الدعوى المتعلقة بالوقف والسير فيها عند الإنكار إلا إذا وجد به إشهاد رسمي كما تقضي بذلك المادة ١٣٧[1] ـ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

---

(١) ونصها «يمنع عند الإنكار سماع دعوى الوقف أو الإقرار به أو استبداله أو الإدخال أو الإخراج وغير ذلك من الشروط التي تشترط فيه الا إذا وجد بذلك إشهاد ممن يملكه على يد =

ولكن الحوادث دلت على أن اعتبار الوقف صحيحاً من غير صدور هذا الإشهاد سبب وجود كثير من الدعاوى الباطلة الملفقة، استعان أصحابها بشهود الزور - وما أكثرهم - حتى ضج الناس بالشكوى، فكان الواحد يدعي أن هذا العقار موقوف أو أنه مستحق فيه من غير أن يكون لتلك الدعوى ظل من الحقيقة، ويؤيد دعواه بشهادة شاهدين ممن اتخذوا شهادة الزور طريقاً للكسب غير المشروع. والقاضي مضطر إلى سماع هذه الدعوى والسير فيها ما دام لم يوجد إنكار من المدعي عليه، وما كان هؤلاء المضللون يعجزون عن إثبات إقرار المدعي عليه بشتى الطرق كي تسمع دعواهم من غير طلب لإشهاد رسمي بالوقف، فكثيراً ما بحثوا عن كلمة عابرة صدرت منه تدل على إقراره بالوقف. كلمة عابرة لم يقصدها صاحبها، ولم يرد بها الإقرار بالوقف، بل ولا خطر له ذلك على بال. كلمة صدرت منه في محضر قضية أخرى، أو محضر تحقيق في النيابة أو غيرها.

= حاكم شرعي بالقطر المصري أو مأذون من قبله كالمبين في المادة - ٣٦٤ - من هذه اللائحة. وكان مقيداً بدفتر إحدى المحاكم الشرعية المصرية. وكذلك الحال في دعوى شرط لم يكن مدوناً بكتاب الوقف المسجل وفي دعوى مستحق لم يكن من الموقوف عليهم وقت الدعوى بمقتضى ما ذكر.

ولا يعتبر الإشهاد السابق الذكر حجة على الغير إلا إذا كان هو أو ملخصه مسجلاً بسجل المحكمة التي بدائرتها العقار الموقوف طبقاً لأحكام المادة - ٣٧٣ - من هذه اللائحة وهذه المادة لم تلغ بقانون إلغاء المحاكم الشرعية لكن المادتين ٣٤٦، ٣٧٣ - ألغيتا بالقانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ الخاص بتعديل قانون التوثيق. فمادته الثانية تقول تلغى المواد من ٣٦٢ إلى ٣٧٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١.

فتلافياً لهذا التحايل اتجه المشرع إلى عمل حاسم يقطع به الطريق على هؤلاء المضللين فجعل من الحكم الإجرائي - وهو اشتراط وجود إشهاد رسمي لسماع الدعوى عند الإنكار - حكماً موضوعياً بأن جعل هذا القيد شرطاً لصحة الوقف .

كما أنه وجد أن اعتبار الوقف صحيحاً من غير هذا الإشهاد يجعل الوقف غير متناسق مع التصرفات العقارية الأخرى، حيث ينفرد بحكم خاص لا مبرر لوجوده .

فقانون الشهر العقاري ينص في مادته التاسعة على « أن جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله،وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل،ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية، ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم » .

لهذين السببين وللمحافظة على الوقف الخيري المؤبد من أن تمتد إليه يد الطامعين إذا ما طال عليه الزمن جاء في مطلع قانون الوقف الحكم بضرورة صدور إشهاد رسمي، فمادته الأولى تقول: « من وقت العمل بهذا القانون لا يصح الوقف ولا الرجوع فيه ولا التغيير في مصارفه وشروطه ولا الاستبدال به من الواقف إلا إذا صدر بذلك إشهاد ممن يملكه لدى إحدى المحاكم الشرعية بالمملكة المصرية على الوجه المبين بالمادتين الثانية والثالثة وضبط بدفتر المحكمة

فهذه المادة جعلت صحة إنشاء الوقف أو الرجوع فيه والتغيير في مصارفه وشروطه موقوفة على صدور إشهاد رسمي ممن يملكه أمام محكمة شرعية مصرية وضبطه في دفتر تلك المحكمة .

فإذا صدر واحد منها بغير هذا الإشهاد لا يكون له وجود في نظر القانون حتى ولو كان مستوفياً لشرائطه كلها في نظر الفقهاء[1].

وينبغي أن يلاحظ هنا الأمور الآتية:

الأول: أن القانون لم يشترط إلا ضبط الإشهاد بدفتر المحكمة دون تحرير سنده أو تسجيله، فإذا سمع الإشهاد بالوقف وضبط بدفتر المحكمة كان صحيحاً قانوناً، وترتب عليه أثره سواء حرر سنده أو لم يحرر، سجل أو لم يسجل.

فيكون للموقوف عليه جميع الحقوق الواردة في كتاب الوقف من استحقاق الغلة والثمرة والانتفاع بها. وهذا لا يتنافى مع ما جاء بقانون الشهر العقاري من وجوب شهرها بطريق التسجيل، لأن ثبوت الحقوق المترتبة على التصرف شيء وانتقال الحق العيني شيء آخر، فقد استقرت أحكام محكمة النقض على أن بمجرد انعقاد التصرف الواجب شهرة يكون لمن عقد التصرف لمصلحته جميع الحقوق التي من شأن هذا التصرف أن يرتبها له ما عدا انتقال الحق العيني فيتراخى هنا هذا الانتقال حتى حصول التسجيل.

---

(١) الإشهاد في عرف المحاكم الشرعية «حين صدور القانون» عبارة عن إنشاء التصرف لدى من له الحق في سماعه من قضاة المحكمة أو من موظفيها. وكثيراً ما يطلق لفظ الإشهاد في العرف على الوثيقة التي يحرر فيها إنشاء التصرف:

وتدوين الإشهادات بالمحاكم ثلاثة أنواع كما هو نص المادة ٣٦٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة.

١ - ضبط الإشهادات وهو كتابتها بدفاتر المضابط.

٢ - تحرير سندات الإشهاد وهو كتابة صورها بالأوراق المدموغة مطابقة لأصلها.

٣ - تسجيل السند أو الحكم وهو كتابة ما به حرفياً بالسجلات أو حفظ صورها الشمسية.

الثاني: إن ظاهر عموم لفظ الوقف في المادة الأولى شامل لوقف المسجد لكن هذا الظاهر غير مراد للمشرع. فوقف المسجد صحيح وإن لم يصدر به إشهاد رسمي.

يدلنا على ذلك أن اللجنة المكلفة بوضع هذا القانون وغيره من مسائل الأحوال الشخصية مكلفة بأن تختار أحكامه من المذاهب الإسلامية[1] ومنعت من أن تأتي بحكم يخالف تلك المذاهب. كما جاء في قرار تشكيلها.

والفقهاء مختلفون في وقف غير المسجد ما بين مانع ومجيز، والمجيزون مختلفون في لزومه، ومع اختلافهم هذا متفقون على أن وقف المسجد صحيح ولازم متى تحققت شرائط الوقف الشرعية لم يخالف في ذلك احد.

فإذا كانت اللجنة قد اتخذت من خلاف الفقهاء في وقف غير المسجد سنداً لها في اشتراط صدور الإشهاد الرسمي في صحة هذا الوقف بحيث إذا صدر به الإشهاد كان صحيحاً عملاً بقول المجوزين له، وإذا لم يصدر به الإشهاد كان غير صحيح عملاً بقول المانعين من أئمة التابعين.

إذا فعلت ذلك في وقف غير المسجد فلن تستطيع فعله في وقف المسجد لأنها لو شرطته لأدى إلى القول بعدم صحة وقف المسجد في حالة عدم صدور الإشهاد به، وهو مالم يقل به أحد من فقهاء المسلمين، فتكون قد خالفت الإجماع وأبطلت حكماً مجمعاً عليه.

وعلى هذا يكون وقف المسجد مسكوتاً عنه فيرجع فيه إلى الراجح من مذهب الحنفية، وهو يقرر أن وقف المسجد صحيح لازم من غير توقف على صدور إشهاد رسمي به.

---

(١) إذا كان مصدر هذا القانون هو مذاهب الفقهاء، ومصادر القوانين من أهم ما يرجع إليه في تفسير معانيها وتحديد المراد منها، فيجب أن تحمل هذه المادة على غير وقف المسجد.

الثالث: أن القانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ ألغي المادة ٣٦٣ من لائحة المحاكم الشرعية كما ألغي اقلام التوثيق بتلك المحاكم.

فمادته الثانية تقول: «تلغى المواد من ٣٦٢ - ٣٧٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية».

ومادته الثالثة تقول: «تلغى أقلام التوثيق بالمحاكم الشرعية كما تلغى عملية التوثيق بالمجالس الملية وتحال إلى مكتب التوثيق جميع المضابط والسجلات والدفاتر المتعلقة بها».

الفصل الثاني
في شروط الواقف

يشترط في الواقف أن يكون من أهل التبرع، لأن الوقف إما إسقاط أو تبرع،وفي كل إخراج لملكه لا في نظير عوض، وأهلية التبرع المعبر عنها بكمال الأهلية تتحقق إذا توافر في الشخص أربعة شروط.

الأول: أن يكون حراً فلا يصح الوقف من الرقيق لأنه لا ملك له يتبرع به أو يسقطه، بل هو مملوك لسيده.

الثاني: أن يكون بالغاً. والبلوغ يكون بظهور أماراته أو ببلوغ السن وهو خمس عشرة سنة للفتي والفتاء على ما هو المعمول به الآن، وعلى هذا لا يصح وقف الصبي سواء كان مميزاً أو غيرمميز، لأن غير المميز ليس أهلاً للتصرفات مطلقاً، والمميز ليس أهلاً للتبرعات.

الثالث: أن يكون عاقلاً والمراد به كمال العقل، فلا يصح الوقف من فاقده كالمجنون أو ناقصه كالمعتوه[1] ،ويلحق بذلك من حصل خلل في عقله بأي سبب من الأسباب، وإنما اشترط ذلك لأن صحة التبرعات أو ما في معناها من

---

(١) المعتوه هو من اختلط كلامه فمرة يشبه كلام العقلاء ومرة يشبه كلام المجانين ومن الفقهاء من قسم العته إلى قسمين. أحدهما هذا، والثاني هو اختلاف في العقل كالجنون، ولا يفارق الجنون إلا في أنه صامت وذلك يقال له الجنون الصامت.

الإسقاطات تتوقف على كمال العقل.

الرابع: أن يكون رشيداً ،والرشد في اللغة بمعنى الصلاح والهدى إلى صواب الأعمال.

والفقهاء من الحنفية يريدون به أن يكون الشخص حسن التصرف في المال من الوجهة الدنيوية ولو كان فاسقاً من الوجهة الدينية، والشافعية يعتبرون الأمرين معاً.

وهذا الرشد لم تحدد له سن عند الفقهاء،لأنه قد يصاحب البلوغ، وقد يتأخر عنه قليلاً أو كثيراً حسبما يكون للشخص من سابق خبرة وتمرين في شئون المال وأحوال الناس، فمناط الحكم على الشخص بالرشد عندهم هو تحقق حسن تصرفه على مقتضى العقل والشرع، فإذا بلغ على هذه الحالة كان كامل الأهلية وصح وقفه، وإن بلغ سفيهاً أو مغفلاً حجر عليه. وإذا تم الحجر لا يصح منه الوقف لعدم أهليته للتبرع.

ولقد كان العمل جارياً على صحة وقف السفيه والمغفل على نفسهما أولا ثم من بعده على جهة بر إذا أذنت المحكمة الحسبية بذلك، ولكن بعد إلغاء الوقف الأهلي أصبح الحكم عدم جواز وقف المحجور عليه.

والسفيه هو الذي ينفق أمواله في وجوه لا تتفق مع العقل والشرع ،فيكون بذلك مبذراً متلافاً، والمغفل هو الذي يغبن في البياعات، ولا يهتدي إلى الرابح منها لجهله بشئونها.

والقانون حدد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة ميلادية، واعتبر الشخص قبلها قاصراً، فإذا بلغها من غير سفه ولا غفلة كان كامل الأهلية. فقانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ يقول في مادته الأولى. «القاصر من لم يبلغ سن الرشد وهي إحدى وعشرون سنة كاملة» وفي الثانية «ليس للقاصر أن

يتسلم أمواله قبل بلوغ سن الرشد، ومع ذلك فإذا بلغ الثامنة عشرة من عمره جاز له بإذن من المحكمة أن يتسلم كل هذه الأموال أو بعضها لإدارتها بعد سماع أقوال الوصي، ومن بعده قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ يقرر مثل ذلك.

وقانون الوقف لم يتعرض لبلوغ الواقف سن الرشد قانوناً، وليس معنى هذا عدم اعتباره، لأن هذا القانون ليس قانوناً شاملاً لكل أحكام الوقف، بل هو علاج لمواضع الشكايات فيه، بدليل أن قانون الوصية قد نص على اشتراط ذلك في الموصي في مادته الخامسة[1].

هذه الشروط الأربعة المحققة لكمال الأهلية لا بد منها لصحة الوقف، ويجب على الموثق أن يتأكد من وجودها قبل كتابة الإشهاد بالوقف حتى إذا ما ثبت أن الواقف كان فاقداً لواحد منها حين وقفه اعتبر وقفه باطلاً لا يترتب عليه أي أثر من وقت صدوره منه.

وهناك أمران: لهما تأثير من تصرفات الشخص. هما الدين ومرض الموت فهل لهما تأثير في الوقف حتى يشترط عدمهما في الواقف؟

والجواب: أنهما يؤثران فيه لكن لا في صحة الوقف[2] بل في نفاذه والمسألة فيها تفصيل وإليك البيان.

أما المدين: فإما أن يكون دينه مستغرقاً لماله بأن كان الدين مساوياً للمال في القيمة أو أكثر منه. أو غير مستغرق، والمدين المستغرق إما أن يكون محجوراً

---

(١) ونصها: يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً، على أنه إذا كان محجوراً عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثماني عشرة سنة شمسية جازت وصيته بإذن المجلس الحسبي.

(٢) خلافاً للمالكية الذين ذهبوا إلى أن الدين المستغرق مانع من صحة الوقف سواء كان محجوراً عليه أولا.

عليه بناء على طلب دائنيه أولا ، وفي كل إما أن يصدر منه الوقف في صحته أو في مرض موته .

فإذا كان الدين غير مستغرق ووقف ما زاد عما يفي بدينه فالوقف صحيح نافذ في حق الدائنين لا يتوقف على إجازة أحد منهم سواء كان في صحته أو في مرض موته .

وإن كان الدين مستغرقاً والمدين محجوراً عليه بسبب هذا الدين ووقف ماله كله أو بعضه بعد الحجر عليه توقف نفاذ وقفه على إجازة الدائنين، فإن أجازوه نفذ ،وإن لم يجيزوه كان لهم الحق في طلب إبطاله سواء كان هذا الوقف صادراً منه في صحته أو في مرض موته .

وإنما توقف نفاذه على إجازتهم لأن الحجر كان للمحافظة على حقوقهم التي تعلقت بماله أيضاً بمجرد الحجر بعد أن كانت متعلقة بذمته فقط، وحينئذ يكون تصرفه في المال بالتبرع تصرفاً في مال تعلق به حق للغير فلو لم نراع ذلك الحق كان الحجر عبثاً لا فائدة فيه، وتعتبر إجازتهم من وقت إنشاء الوقف .

وإن كان الدين مستغرقاً ووقف قبل الحجر عليه في مرض موته فإنه يتوقف نفاذه أيضاً على إجازتهم، وإنما توقف في هذه الحالة لأن حقوق الدائنين تعلقت بذمته وماله معاً كما في صورة الحجر محافظة على أموال الدائنين لاحتمال أنه تصرف هذا التصرف بقصد تضييع حقوقهم غير أن الإجازة لا تعتبر منهم من وقت إنشاء الوقف، بل بعد الموت، لأن المرض الذي يعتبر بمنزلة الحجر هو مرض الموت فما لم يتصل الموت لا نعرف إن كان هو أولا . لجواز أن يبر أمنه، وسيأتي بيان معنى مرض الموت .

أما إذا وقف في صحته فإن وقفه صحيح نافذ لا يتوقف على إجازة الدائنين لا في حياته ولا بعد وفاته، لأن حقوقهم لم تتعلق بالمال، بل هي لا زالت متعلقة

بذمته فقط، وهذا ما عليه جمهور الفقهاء.

وذهب المالكية: إلى أن وقفه في هذه الحالة باطل متى ثبت تقدم دينه على وقفه: ولقد أفتى أبو السعود العمادي[1] من الحنفية: بأن هذا الوقف موقوف على إجازة الدائنين كما في الصورة السابقة، وتابعه بعض فقهاء الحنفية المعاصرين له ومن جاء بعدهم.

وقانون الوقف لم ينص على هذه المسألة فكان يوهم أنه بقي العمل بالراجح من مذهب الحنفية وهو عدم التوقف، ولكن المعمول به غير ذلك وهو يوافق ما ذهب إليه المالكية وما أفتى به المتأخرون من الحنفية في كونه غير نافذ.

ولعل السر في إهمال قانون الوقف النص على ذلك أن هذه المسألة كانت من اختصاص المحاكم الأهلية في هذا الوقف. كما ورد في المادة ١٦ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ فتركها ليعمل فيها بالقانون المدني الذي بين ذلك في المادة ٢٣٨[2].

وأما المريض مرض الموت: فقد عرفنا حكم وقفه إذا كان مديناً. وهو أنه يتوقف نفاذه على إجازة الدائنين في الدين المستغرق من وقت إنشاء الوقف إذا كان محجوراً عليه، ومن بعد الوفاة إذا لم يكن محجوزاً عليه، وإذا كان

---

(١) هو المولى محمد العمادي مفتي السلطنة العثمانية في زمن سليمان وسليم ولد سنة ٨٩٦ هـ وتوفي سنة ٩٨٢ هـ وكان يعتبر رئيس المذهب الحنفي في عصره.

(٢) ونصها: ١ ـ إذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن ألا يكون منطوياً على غش من المدين وأن يكون من صدر لهم التصرف على علم بهذا الغش ويكفي لاعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر.
٢ ـ أما إذا كان التصرف تبرعاً فإنه لا ينفذ في حق الدائن ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً.

الدين غير مستغرق فإنه يتوقف فيما يتعلق به الدين، وما زاد عليه لا يتوقف فيه، وأما إذا كان غير مدين فإن لم يكن له ورثة نفذ وقفة ولم يتوقف على إجازة أحد ،سواء كان الوقف لكل المال أو لبعضه لعدم تعلق حق لأحد في المال الموقوف.

وإن كان له ورثة أخذ هذا الوقف حكم الوصية . على معنى أنه ينفذ من ثلث المال من غير توقف على إذن أحد، وإذا مات لزم ورثته هذا القدر.

وأما وقفه فيما زاد على الثلث فانه ينفذ من وقت إنشاء الوقف، ولكنه لا يلزم الورثة بعد موته، لأنه لما مات من هذا المرض تبين أن حق الورثة تعلق بعين المال في ثلثيه، فيكون قد تصرف في مال تعلق به حق للغير ،فيتوقف على إجازتهم. إن أجازوه سقط حقهم فيه، وإن لم يجيزوه لم ينفذ في حقهم.

وكل وارث صاحب الحق بالنسبة إلى نصيبه، فلو أجاز البعض ورد البعض نفذ في حق من أجاز وبطل في حق من رد بشرط أن يكون المجيز من أهل التبرع عالماً بما يجيزه، وأن يكون بعد وفاة الواقف.

وإنما أخذ الوقف في مرض الموت حكم الوصية لأن المريض في هذه الحالة مظنة أن يتهم في وقفه، وأنه يريد الإضرار بورثته أو بدائنيه.

ومرض الموت هو ما يتوافر فيه أمران.

الأول: أن يكون من الأمراض التي يغلب فيها الموت عادة حسب تقرير الأطباء.

الثاني: أن يتصل الموت به من غير برء مدة طويلة قدرت بسنة حتى ولو كان الموت بسبب آخر غير المرض، فلو اختل أحد الأمرين كأن يكون المرض بسيطاً كوجع الرأس أو العين أو الأسنان، أو ما شابه ذلك فإنه لا يكون مرض

موت وإن اتصل به الموت، أو كان المرض مما يغلب فيه الموت لكنه لم يتصل به الموت، فلا يعتبر مرض موت شرعاً، ويكون وقفه كوقف الصحيح غير المحجور عليه في أن يكون نافذاً من حين صدوره ولا يتوقف على إجازة أحد.

هذا ما يشترط في الواقف لصحة الوقف، وأما الإسلام فليس بشرط لأن غير المسلم يصح وقفه، وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام على شروط الجهة الموقوف عليها.

الفصل الثالث
في شروط الجهة الموقوف عليها

قدمنا أن الوقف يصح من المسلم وغير المسلم، وأنه في أصل تشريعه صدقة كما جاءت به الأحاديث فهو عمل يتقرب به العبد إلى خالقه، وعلى هذا لا بد أن تكون الجهة الموقوف عليها جهة خير وبر حتى يعتبر الانفاق عليها قربة لله باتفاق الفقهاء، ولكنهم اختلفوا في نوع القربة المشروطة. أهي القربة في نظر الإسلام فقط، أم في اعتقاد الواقف، أم فيهما معاً؟؟

ذلك لأن الشيء إما أن يكون قربة في نظر الأديان السماوية كلها. كالبر بالفقراء، أو يكون قربة في نظر الإسلام فقط كإنشاء المساجد، والإنفاق عليها، أو لا يكون قربة باتفاق الأديان مثل إنشاء دور اللهو المحرم والإنفاق عليها.

والواقف إما أن يكون مسلماً أو غير مسلم.

وتفصيل الكلام أن الجهة الموقوف عليها إن كانت قربة في نظر الإسلام وغيره، وبعبارة أخرى في اعتقاد المسلمين وغيرهم كوقف الملاجىء والمدارس والمستشفيات، والوقف عليها أو على الفقراء والمحتاجين سواء كانوا مسلمين أو غيرهم صح الوقف عليها باتفاق الفقهاء سواء كان الواقف مسلماً أو غير مسلم، ويلحق بذلك الوقف على المسجد الأقصى وهو بيت المقدس، فإنه قربة في

اعتقاد أهل الأديان الثلاثة، الإسلام والنصرانية واليهودية.

وإن كانت هذه الجهة ليست قربة عند الجميع، كالوقف على أندية القمار مثلاً، فإنه لا يصح الوقف سواء كان الواقف مسلماً أو غير مسلم.

وإن كانت قربة في نظر الإسلام فقط صح وقفها من المسلم باتفاق المذاهب كالوقف على المساجد، ومقارىء القرآن وإعانة الحجاج ونحو ذلك، وأما وقفها من غير المسلم فيصح عند الشافعية والحنابلة، ولا يصح عند الحنفية والمالكية.

وإن كانت بعكس السابقة. أي أنها ليست قربة في حكم الإسلام ولكنها قربة في اعتقاد غير المسلم فلا يصح وقفها من المسلم بالاتفاق، ويصح وقفها من غير المسلم إذا وافقت اعتقاده عند المالكية، ولا يصح عند الأئمة الثلاثة.

فالحنفية يشترطون أن تكون قربة في حكم الإسلام واعتقاد الواقف معاً، فإذا انتفى الأمران أو أحدهما لم يصح الوقف.

وبناء على هذا صح وقف المسلم على جميع شعائر الإسلام وعلى جهات البر العامة كالفقراء والمساكين والمستشفيات والملاجىء ودور العلم، ولا يصح وقفه على غير ذلك.

ويصح من غير المسلم الوقف على جهات البر العامة، ولا يصح على غيرها كالقرب في الإسلام من إنشاء المساجد والإنفاق عليها وإعانة الحجاج... الخ أو القرب في دينه فقط كإنشاء الكنائس ودور العبادة لهم والإنفاق عليها.

والشافعية والحنابلة يشترطون أن تكون قربة في نظر الإسلام فقط بصرف النظر عن اعتقاد الواقف، وعلى ذلك يصح من المسلم وغيره الوقف على جهات البر العامة كالملاجىء والمصحات وماشابهها، وجهات البر في حكم الإسلام فقط كوقف المساجد والوقف عليها، وكل شعيرة إسلامية، ولا يصح منهما وقف الكنائس، والوقف عليها وكل شعيرة غير إسلامية.

والمالكية يشترطون أن تكون قربة في اعتقاد الواقف فقط.

وعلى ذلك يصح الوقف من المسلم على جهات البر العامة لأنها قربة في اعتقاده، ويصح من المسلم الوقف على كل شعيرة إسلامية فقط، ويصح من غير المسلم الوقف على شعائر دينه كالكنائس ودور عبادتهم، ولا يصح منه وقف المساجد ولا الوقف عليها وكذا بقية شعائر الإسلام.

توجيه هذه المذاهب:

أما مذهب المالكية الشارط أن تكون الجهة قربة في اعتقاده، فلأن الوقف تصدق في سبيل الله، فما لم يكن الواقف معتقداً كون هذه الجهة قربة لا يكون تصدقاً فلا يكون وقفاً.

أما الشافعية والحنابلة: فإنهم نظروا إلى أن الوقف مشروع في الإسلام، ولم يشرع في غيره من الشرائع الأخرى، وهو وإن كان صدقة إلا أنه صدقة خاصة فيقتصر فيه على ما يعتبره الإسلام قربة.

وأما الحنفية: فقد راعوا الأمرين معاً.

وقبل صدور القانون كان العمل بمذهب الحنفية، فما كان يصح من غير المسلم أن يقف على قربة في اعتقاده فقط، أو في حكم الإسلام فقط، وبعبارة أوضح ما كان يصح من غير المسلمين وقف المساجد والوقف عليها وما شاكلها من الشعائر الإسلامية، كما كان لا يصح وقفهم الكنائس أو الوقف عليها ولا أي قربة في دينهم واعتقادهم، ومن فعل منهم شيئاً من ذلك لا يكون وقفاً، بل لا يخرج عن ملكه ويورث عنه إذا مات.

لذلك كثرت الشكايات من غير المسلمين، لأن الكثير منهم كانوا يملكون أرضاً زراعية أكثر العاملين فيها مسلمون، أو مصنعاً أكثر عماله من المسلمين

ومن الواجب عليهم أن ييسروا لهؤلاء العمال أداء الشعائر الدينية فلم يمنعون من إنشاء المساجد والوقف عليها ؟ ، ولم يمنعون من وقف الكنائس والوقف عليها مع أنهم والمسلمين أمام القانون سواء متساوون في الواجبات ،فكيف يفرق بينهم في الحقوق ؟ .

هذه المسألة عالجها قانون الوقف . فأباح لهم الوقف ما لم تكن الجهة الموقوف عليها محرمة في شريعتهم وفي شريعة الإسلام معاً كما صرحت بذلك المادة السابعة ونصها[1] .

« وقف غير المسلم صحيح ما لم يكن على جهة محرمة في شريعته وفي الشريعة الإسلامية » .

فهذه المادة أباحت له الوقف .ولم تستثن إلا الوقف على الجهة المحرمة في شريعته وفي الشريعة الإسلامية ، فيدخل في هذا الوقف على الجهات التي حرم الإنفاق عليها في جميع الشرائع السماوية كدور اللهو المحرم، كما يدخل وقف اليهودي على شعيرة من شعائر الدين المسيحي ، ووقف المسيحي على شعيرة في

---

(١) المراد بغير المسلم هو ما كان له شريعة كاليهودي والنصراني مثلاً . يدل لذلك التقييد في عبارة « ما لم يكن جهة محرمة في شريعته وفي الإسلام معاً » .

أما غير المسلم الذي لا شريعة له فمسكوت عنه فيرجع فيه إلى الراجح من المذهب الحنفي كالمرتد مثلاً .

والمراد بالمحرم في الشريعة الإسلامية ما كان محرماً في جميع المذاهب المعتبرة فيه بلا خلاف .

أما ما كان محرماً في بعض المذاهب مباحاً في البعض الآخر فلا يعتبر محرماً في نظر القانون لأن القانون لم يلتزم مذهباً معيناً للتيسير على الناس في أوقافهم فلو اعتبرنا المحرم في مذهب بعينه لفات التيسير المقصود للمشرع .

والمراد بالمحرم في الشرائع الأخرى ما كان محرماً فيها ولو كان أصحابها يعملون به .

الدين اليهودي، لأن كل ذلك يصدق عليه أنه محرم في شريعته وفي شريعة الإسلام.

وهذه المادة خليط من المذاهب الفقهية فأخذت صحة وقفه لما هو شعيرة إسلامية من مذهب الشافعية والحنابلة، وصحة وقفه لما هو شعيرة في دينه من مذهب المالكية، وما هو قربة في دينه وفي الإسلام مما اتفقت عليه المذاهب كلها، ومنعته مما هو محرم في شريعته وفي الإسلام معاً مما اتفقت عليه المذاهب كلها.

وعند مناقشة هذه المادة في مجلس النواب أثار أحد النواب مسألة وقف غير المسلم على التبشير، وأن منطوق المادة تفيد صحته لأنه ليس محرماً في شريعته وأجاب مندوب وزارة العدل بأن الاعتراض صحيح ومرتب على منطوق المادة، ثم قال. والذي أراه أن التبشير يخضع لحكم النظام العام في الدولة، فإذا كان هذا النظام يراه جائزاً أو غير مخالف لدين الدولة الرسمي فلا سبيل إلى منعه وإلا فهو غير جائز.

الفصل الرابع
في
الشروط المتعلقة بالمال الموقوف وفيه مبحثان

المبحث الأول
فيما يشترط في المال الموقوف لصحة الوقف

يشترط في الموقوف ليصح الوقف إن يكون مالاً متقوماً معلوماً مملوكاً للواقف حين وقفه ملكاً تاماً مفرزاً غير شائع، فتلك شروط أربعة نفصلها فيما يلي:

الشرط الأول: ن يكون مالا متقوماً والمالية تتحقق بإمكان حيازته والانتفاع به على وجه معتاد، والتقوم يكون بحل الانتفاع به شرعاً حالة السعة والاختيار مع الحيازة بالفعل، فلو وقف ما ليس بمال ومنه المنافع[1] والحقوق عند الحنفية لا يصح، وكذلك لو وقف مالا غير متقوم كآلات الملاهي وكتب الالحاد، وإنما شرط ذلك لأن الغرض المقصود من الوقف هو حصول النفع للجهة الموقوف عليها والثواب للواقف، فإذا كان الشيء لا يمكن الانتفاع به أصلاً، أو أمكن فيه ذلك لكن الشارع حرمه فلم يجعل له حماية ولا حرمة انتفى ذلك الغرض.

---

(١) صورة وقف المنفعة: أن يوصي شخص بمنعة دار. لآخر مدة حياته مثلا فلما ملك الموصى له للمنفعة بعد موت الموصي وقفها.

الشرط الثاني: أن يكون معلوماً وقت وقفه علماً تاماً بحيث لا تشوبه جهالة تقضي إلى النزاع. فلو قال: وقفت جزءاً من أرضي على فقراء بلدتي، أو بعض كتبي على طلاب العلم لا يصح، وكذلك لو قال: وقفت إحدى عماراتي التي أملكها في هذا البلد على فقراء الطلبة أو على الغرباء.

ويلحق بذلك ما إذا وقف ماله المعلوم واستثنى منه قدراً مجهولاً. مثل أن يقف أرضاً فيها نخيل ويستثنى النخيل بمواضعها من الأرض. لأن المستثنى مجهول تسري جهالته إلى الباقي وهو الموقوف.

وإنما اشترط ذلك لأن حق الموقوف عليهم تعلق بهذا المال، فلو كان مجهولاً أفضى إلى النزاع المانع من استيفاء حقوقهم.

هذا والفقهاء لا يشترطون بيان حدود العقار الموقوف ولا مقدار مساحته إذا كان مشهوراً لا يلتبس بغيره، كأن يقول: وقفت أرضي في ناحية كذا ولم يكن له فيها غيرها.

لكن القانون يشترط ذلك باعتبار أن ملكية العقار لا تثبت إلا بتسجيله، وأن الوقف لا يصح إلا إذا كان موثقاً بالمحكمة المختصة، ولا يوجد تسجيل أو توثيق بدون تحديد وبيان لمقدر المساحة بياناً تاماً.

الشرط الثالث: أن يكون مملوكاً للواقف وقت وقفه ملكاً باتاً لازماً. ذلك لأن الوقف إما إسقاط أو تبرع، وكل منهما لا يكون إلا بعد الملك، فإذا لم يوجد ملك أو وجد ملك غير لازم وتصرف الشخص فيه بالوقف على أنه مالك لا يصح.

أما إذا وقف ما لا يملك معترفاً بأنه يوقف ما لا يملك فإن هذا يكون صحيحاً موقوفاً على اجازة المالك ويسمى المتصرف فضولياً.

وبناء على هذا الشرط تخرج صور كثيرة لا يصح فيها الوقف منها.

١ - إذا أوصى شخص لآخر بدار معينة فوقفها الموصي له قبل موت الموصي فإنه لا يصح حيث إن الملك في الوصية لا يثبت إلا بعد وفاة الموصي.

٢ - إذا وقف الموهوب له المال الموهوب قبل أن يقبضه فوقفه غير صحيح لأن الملك لا يثبت في الهبة إلا بعد القبض.

٣ - إذا اشترى شخص عقاراً بعقد مستوفي لشروطه كلها ثم وقفه المشتري وبعد ذلك ظهر أن العقار لم يكن مملوكاً للبائع حين البيع وقضى به لمالكه فإن هذا الوقف غير صحيح لعدم ثبوت الملك للواقف.

٤ - إذا استحق العقار الموقوف بالشفعة وقضى للشفيع بها فإن الوقف يبطل لأن المشتري وان ثبت له الملك إلا أنه ليس ملكاً باتاً لتعلق حق الشفيع به.

٥ - إذا اشترى شخص عقاراً ثم وقفه قبل أن يسجله فإن وقفه غير صحيح لأن الملك في العقار لا يثبت قانوناً إلا بالتسجيل، كما يقضي بذلك القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣.

٦ - إذا عجز مالك الأرض عن زراعتها وأداء الضرائب المفروضة عليها فاستولت الحكومة عليها لتستغلها وتستوفي حقوقها منها. فهذه الأرض لا تكون ملكاً للحكومة بهذه الحيازة، فلو وقفها لا يصح وقفها من الشخص الذي أخذها لينتفع بها بطريق الإجارة، أو المزارعة. وتسمى هذه الأرض في عرف الفقهاء بأرض الحوز

الشرط الرابع: أن يكون المال الموقوف مفرزاً غير شائع في غيره.

الشائع والمشاع هو المال المشترك غير المقسوم، والشيوع في المالية هو الشركة، والإفراز هو تخليصه من غيره بحيث يزول الاشتراك.

فمعنى وقف المشاع وقف الحصة الشائعة في غيرها.

والمشاع نوعان. مشاع بقبل القسمة. وهو ما يمكن أن ينتفع به بعد القسمة الانتفاع الذي كان مقصوداً منه قبل القسمة عينه أو جنسه، ومشاع لا يقبل القسمة وهو ما لا يمكن أن ينتفع به الانتفاع الذي كان مقصوداً منه قبل القسمة سواء أكان يمكن الانتفاع به بمنفعة أخرى من غير جنس الأولى أولا. فالأولى كالحصة في أرض زراعية أو دار كبيرة، والثاني كحصة في بيت صغير أو آلة من آلات الحرث أو السقي أو سيارة.

حكم وقف المشاع:

المشاع الموقوف إما أن يكون مسجداً أو مقبرة أو غيرهما، والثاني إما أن يكون المال قابلاً للقسمة أولا فهذه حالات ثلاث.

الحالة الأولى: إذا وقف الحصة المشاعة لتكون مسجداً أو مقبرة لا يصح الوقف، ولا يترتب عليه آثاره إلا إذا أفرز الحصة الموقوفة وحددها، فالشيوع مانع من جعلها مسجداً أو مقبرة، لأنه لو تم وقفها مسجداً أو مقبرة وهي شائعة لكان الانتفاع بها بطريق المهايأة فيها توصل إلى شيء في غاية القبح، وهو أن تكون الأرض مسجداً أو مقبرة تدفن فيها الموتى عاماً، وفي عام آخر تكون مزرعة أو مربط ماشية. ولأن الشيوع يمنع الخلوص لوجه الله تعالى.

وهذا الحكم في وقف المسجد والمقبرة بالاتفاق بين الفقهاء. وقانون الوقف لم يأت بما يخالفه.

الحالة الثانية: إذا وقف الحصة المشاعة في مال قابل للقسمة على جهة من جهات البر.

وهذه الحالة اختلف فيها أبو يوسف ومحمد بناء على اختلافهما في اشتراط تسليم المال الموقوف ليتم الوقف، فمحمد يشترطه فيحكم بعدم جواز هذا الوقف إلا بعد القسمة والتسليم، وأبو يوسف لا يشترطه فيجوز وقف هذا المشاع.

وقانون الوقف أقر ما كان معمولاً به من قبله وهو مذهب أبي يوسف، لأنه لم يأت بما يخالفه، وإنما أبقى القانون ذلك، لأن هذا الشيوع لا يؤدي إلى تعطيل مصالح الوقف ما دامت القسمة ممكنة فيحسم بها النزاع.

الحالة الثالثة: وهي وقف الحصة المشاعة في مال لا يحتمل القسمة. والوقف غير مسجد أو مقبرة، وهذا يصح وقفها بالاتفاق بين أبي يوسف ومحمد، لأن الإفراز الذي شرطه محمد لا يمكن هنا إلا باتلاف المال، وعدم الانتفاع به الانتفاع المقصود، فتفاديا لهذا الضرر أجاز وقفها مع الشيوع، وينتفع بها بطريق المهايأة ولا قبح فيها.

والقانون لم يأخذ بهذا الرأي وهو ما كان معمولاً به قبله، بل عدل عنه ومنع وقفه أخذاً بمذهب المالكية. والسبب في هذا العدول، أن الحوادث الكثيرة دلت على أن الشيوع بين وقفين، أو بين وقف وملك فيما لا يقبل القسمة يعطل مصالح الوقف في كثير من الحالات، فقد يختلف الناظران، أو الناظر والمالك ولا يتفقان على التعمير بينما يكون الوقف في حاجة ملحة إليه، وأحياناً يستبد المالكون الذين يسكنون أعيان الوقف فيصرفون جميع الأجرة أو أكثرها في التعمير لمصلحتهم.

ولم يستثن القانون من هذا المنع إلا ثلاث صور أجاز فيها الوقف ـ كما جاء في المادة الثامنة[1].

الصورة الأولى: إذا كانت الحصة الشائعة المراد وقفها جزءاً من عقار

---

(١) ونصها: يجوز وقف العقار والمنقول ولا يجوز وقف الحصة الشائعة في عقار غير قابل للقسمة إلا إذا كان الباقي منه موقوفاً واتحدت الجهة الموقوف عليها أو كانت الحصة مخصصة لمنفعة عين موقوفة.

ويجوز وقف حصص وأسهم شركات الأموال المستغلة استغلالاً جائزاً شرعاً.

موقوف باقيه على جهة خيرية قبل العمل بهذا القانون، ثم وقف هذه الحصة الباقية على تلك الجهة الموقوف عليها من قبل.

كما إذا كان لشخص منزل صغير لا يمكن قسمته وقف منه نصفه شائعاً على مسجد البلدة قبل صدور قانون الوقف ـ وقد كان وقف هذا المشاع صحيحاً حينذاك ـ ثم أراد وقف باقي المنزل بعد صدور القانون، فإن وقفه على نفس المسجد صح لعدم ترتب أضرار وقف ا لمشاع على هذا الوقف، وإن وقفه على جهة أخرى لا يصح.

ومثل ذلك ما إذا كانت سيارة مشتركة بين شخصين فوقف كل منهما حصته الشائعة لنقل المصابين إلى المصحات، فانه يصح لعدم الضرر أيضاً، أما إذا وقف واحد من الشريكين نصيبه على جهة غير التي وقف عليها شريكه فلا يصح.

ولعل المانع من هذا الوقف قد زال بعد جعل النظارة لوزارة الأوقاف على جميع الأوقاف فيصح الوقف.

الصورة الثانية: إذا كانت الحصة الشائعة المراد وقفها جزءاً من عين مخصصة لمنفعة أرض موقوفة على جهة، فإذا وقف المالك هذه الحصة الشائعة على الجهة التي وقف عليها الأرض صح ذلك الوقف، وان وقفها على جهة أخرى لا يصح.

مثال ذلك: ساقيةمشتركة مخصصة لري أرض موقوفة على مسجد مثلاً، فإذا وقف أحد الشركاء في الساقية نصيبه على المسجد الموقوف عليه الأرض فوقفه هذا صحيح، ومثله وقف حصة شائعة من المرافق التي ينتفع بها الأرض الموقوفة.

وإنما صح هذا الوقف مع كونه مشاعاً غير قابل للقسمة لعدم وجود الضرر المانع من صحة وقف المشاع.

الصورة الثالثة: وقف حصص وأسهم شركات ا لأموال زراعيـة كانت أو صناعية أو تجارية. يستوي في ذلك كون هذه الحصص عقارات أو منقولات

أو خليطاً منهما، وإنما اعتبرت الشركات من المشاع الذي لا يقبل القسمة لأن قوانينها لا تبيح القسمة وافراز أسهم المساهمين، فإذا وقف شخص أسهمه في شركة معينة على جهة من جهات البر كالإنفاق على الطلبة المعوزين، أو علاج المرضى الفقراء من جهة معينة مثلا صح ذلك الوقف لأنه لا يخشى منه ضرر، ولا يترتب عليه نزاع، لأن قوانين هذه الشركات نظمت طرق استغلال أموالها وصيانتها فلا يكون لأجنبي يد عليها وإن كان ناظر الحصة الموقوفة.

هذا ولم يشترط القانون في صحة هذا الوقف إلا كون هذه الشركات التي يباح وقف الحصص فيها تستغل أموالها استغلالاً جائزاً شرعاً، كالشركات الزراعية والصناعية والتجارية، أما الشركات التي تستغل أموالها بطرق ربوية فإنه لا يجوز وقف شيء من أسهمها مثل شركات التأمين.

بقي بعد ذلك بيان هل يشترط في الموقوف أن يكون عقاراً أولاً؟

مذهب الحنفية: أن العقار يجوز وقفه بلا نزاع، وأما المنقول فإن كان تابعاً للعقار سواء كان متصلاً به اتصال قرار كآلات الري المثبتة في الأرض والأشجار والبناء وما به من أبواب وغيرها، أو كان اتصاله به لا على وجه القرار، كالزرع والثمر على الشجر، وآلات الزراعة غير المثبتة، وأثاث المنازل.

وهذا النوع من المنقول يصح وقفه تبعاً لوقف الأرض، وبعبارة أخرى يدخل في وقف الأرض، إلا أن النوع الأول يدخل من غير تنصيص عليه في الوقف، الثاني لا يدخل إلا بالنص عليه.

وإن لم يكن المنقول تابعاً للعقار فإنه لا يصح وقفه إلا في حالتين:

الحالة الأولى: إذا ورد النص الشرعي بوقفه كما في السلاح والكراع «الخيل والإبل» وهذا باتفاق بين أبي يوسف ومحمد.

الحالة الثانية: إذا لم يرد به نص شرعي لكن جرى به العرف كوقف

المصاحف والكتب والفرش للمساجد والمعابد، فهذا جوزه محمد، ومنعه أبو يوسف.

ولقد كان العمل قبل صدور القانون على جواز وقف العقار مطلقاً، والمنقول إذا كان تابعاً للعقار أو ورد به النص أو جرى به العرف، وأما ما عدا ذلك من المنقول فهو ممنوع، والسبب في هذا أن الوقف كان يشترط فيه التأبيد، والذي يمكن أن ينتفع به على وجه الدوام هو العقار دون المنقول.

وإنما أبيح وقف المنقول استقلالاً في الصورتين لوجود الدليل الخاص من النص أو جريان العرف، فهو بمثابة الاستثناء. لكن قانون الوقف أباح وقف العقار والمنقول على السواء كما جاء ذلك[1].

صريحاً في صدر مادته الثامنة « يجوز وقف العقار والمنقول » فتراه قد خالف وقف المنقول إذا لم يكنْ تابعاً ولم يرد به نص ولا جرى به عرف.

والسبب في هذه المخالفة هو زوال المانع من وقف المنقول وهو اشتراط التأبيد، فإن القانون أجاز أن يكون الوقف الخيري مؤبداً ومؤقتاً ما عدا وقف المسجد وما وقف عليه فإنه شرط فيه التأبيد.

على أن التيسير على الواقفين يحمل على الأخذ بجواز وقف المنقول استقلالاً لأن منعه يفوت على بعض الناس أغراضهم من الوقف أو يلحق بهم الضرر.

فمن له متجر أو مصنع مثلا وكان لاسمه شهرة فائقة لها دخل كبير في الثقة والربح، وأراد أن يقف ذلك لم يستطع حسبما كان معمولاً به. وكان عليه إذا أراد الوقف أن يستبدل به عقاراً، فهو بين أمرين إما أن لا يقف وفيه تفويت لغرضه، أو يقف بعد الاستبدال وهنا يفقد متجره وشهرته.

---

(١) هذا مأخوذ من مذهب المالكية حيث يبيح وقف المنقول مطلقاً سواء كان تابعاً أو غير تابع ورد به نص أولا لأنهم لا يشترطون التأبيد في الوقف بل يصح أن يكون مؤقتاً.

من أجل ذلك أباح القانون وقف المنقرل مطلقاً، وعلى هذا يصح وقف السيارات والسفن والعوامات. والحبوب والنقود والحيوانات. وكل مال منقول يمكن أن ينتفع به، وسكت القانون عن حكم وقف المنافع والحقوق لم يتعرض له، فيبقى حكمه كما كان معمولاً به من قبل، وهو عدم جواز وقفها أخذاً بمذهب الحنفية.

هذا ولا يشترط في المال الموقوف عدم تعلق حق للغير به، فيصح وقف المال المرهون والمستأجر.

فلو رهن شخص ماله نظير دين عليه ثم وقفه بعد الرهن صح الوقف ولا يبطل الرهن، فإذا وفي ما عليه من الدين خلص المال للوقف وصرفت منفعته للجهة الموقوف عليها، وإذا لم يوف عند الطلب وكان معسراً أبطل القاضي الوقف،وباع الرهن وسدد الدين إذا طلب المرتهن ذلك ولم يكن للراهن مال غيره، أما إذا كان عنده مال آخر يفي بالدين فلا يبطل الوقف، وكذلك الإجارة لا تمنع صحة الوقف ولا تبطل به، بل تبقى العين الموقوفة في يد المستأجر حتى تنتهي مدة الإجارة، أو يتفق على فسخها، وبعد ذلك تصرف المنفعة إلى الجهة الموقوف عليها.

المبحث الثاني
في المقدار الذي ينفذ فيه الوقف

مر التشريع في هذا الموضوع بأدوار ثلاثة:

فقد كان المعمول به قبل صدور قانون الوقف سنة ١٩٤٦ الراجح من مذهب الحنفية، وهو لم يكن يقيد الواقف في وقفه بمقدار معين، بل كان يطلق له الحرية في إنشائه ما دام مستوفياً لشرائطه وأركانه، فنجم عن ذلك انحراف بعض الواقفين في أوقافهم، فعمدت طائفة إلى حرمان البنات وأولادهن، وأخرى إلى قصر أوقافها على أولاد الظهور دون أولاد البطون، وثالثة إلى حرمان هؤلاء وهؤلاء فوقفت كل أموالها على جهات الخير وغيرها ابتداء من غير تقدير للعواقب وما يلحق الأسرة من إضرار.

لذلك جاء قانون الوقف يعالج هذه المشكلة فحد من حرية حق الواقف فيما يوقفه، فلم يحترم إرادته في وقف جميع أمواله إلا إذا لم يكن له ورثة من ذريته ووالديه وزوجه أو أزواجه وقت وفاته.

فإن كان له واحد من هؤلاء وجعل الوقف له صح وقفه ونفذ، أما إذا جعله لغير ورثته فإنه لا ينفذ إلا في حدود ثلث ماله وقت وفاته ويجعل باقيه لورثته.

كما جاء صراحة في المادة - ٢٣ - فهي تنص على أنه « يجوز للمالك أن يقف مالا يزيد على ثلث ماله على من يشاء من ورثته أو غيرهم أو على جهة بر.

وتكون العبرة بقيمة ثلث مال الوقف عند موته، ويدخل في تقدير ماله الأوقاف التي صدرت منه قبل العمل بهذا القانون وبعده إلا إذا كانت أوقافاً ليس له حق الرجوع فيها.

ومع مراعاة أحكام المادة ـ ٢٤ ـ يجوز له أن يقف كل ماله على من يكون موجودا وقت موته من ذريته وزوجة أو أزواجه ووالديه.

وإذا لم يوجد عند موته أحد من المبينين في المادة ـ ٢٤ ـ جاز وقفه لكل ماله على من يشاء جاء هذا التقييد لغرضين.

أولهما: معالجة انحراف الواقفين في أوقافهم.

ثانيهما: اتساق تشريع الوقف مع تشريع الوصية التي كان مشروع قانونها معداً في هذا الوقت، ثم صدر بعد قانون الوقف بزمن يسير، وقد قيد مقدار الوصية
النافذة بدون توقف على إجازة الورثة بالثلث ـ كما سبق بيانه في القسم الأول من الكتاب.

ولما صدرت التشريعات الأخيرة بانهاء الأوقاف على غير جهات البر ومنعت إنشاءها، ومنها الوقف على الذرية والأقارب، وقصرت الوقف على الخيرات لم يتغير الوضع بالنسبة للمقدار الذي ينفذ فيه الوقف وهو ثلث أمواله ولكنه تغير بالنسبة للموقوف عليه.

فأصبح للشخص في ظل هذه التشريعات الجديدة الحرية في وقف كل ماله على الخيرات، وله أن يشترط لنفسه الانتفاع بالريع كله أو بعضه طول حياته، فإذا لم يكن له ورثة وقت وفاته نفذ وقفه وتسلمته وزارة الأوقاف، وإن كان له ورثة بطل وقفه فيما زاد على الثلث.

جاء ذلك موضحاً في القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٦٠[1] حيث نصت مادته الأولى على أنه «يجوز للمالك أن يقف كل ماله على الخيرات، وله أن يشترط لنفسه الانتفاع بالريع كله أو بعضه مدى حياته ـ وإذا كان له وقت وفاته

(١) الجريدة الرسمية في فبراير سنة ١٩٦٠ العدد ٤٠.

ورثة من ذريته وزوجه أو أزواجه أو والديه بطل الوقف فيما زاد على الثلث وتكون العبرة بقيمة ثلث مال الواقف عند موته ، ويدخل في تقدير ماله الأوقاف الخيرية التي صدرت منه قبل العمل بهذا القانون وبعده إلا إذا كانت أوقافاً ليس له حق الرجوع فيها ويكون تقدير مال الواقف من اختصاص لجنة شئون الأوقاف المنصوص عليها في القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩ المشار إليه، وبناء على طلب ورثته ويكون قرارها في ذلك نهائياً ، فإذا قام نزاع بشأن صفة الوارث واستحقاقه كان لكل ذي شأن أن يلجأ إلى القضاء للفصل في النزاع .

وتبين اللائحة التنفيذية إجراءات تقديم الطلبات من الورثة والمستندات اللازمة .

ومادته الثانية تلغي المادة - ٢٣ - من قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ وكل نص مخالف لذلك.

فهذا القانون يحدد المقدار الذي ينفذ فيه الوقف على الخيرات فقط بعد وفاة الواقف، وهو يختلف باختلاف الوضع عند الوفاة من وجود ورثة وعدم و جودهم،ففي الثانية ينفذ كما وقع غير متقيد بقدر معين.

ثم يبيح للواقف أن يشترط لنفسه الانتفاع بريع وقفه كله أو بعضه مدى حياته فعل ذلك ليشجع الناس على وقف أموالهم وبخاصة إذا لم يكن لهم ورثة بعد وفاتهم،وليزيل اللبس الذي علق بأذهان بعض الناس من أنه أصبح من غير الممكن إنشاء الأوقاف الخيرية بعد صدور التشريعات الجديدة التي أنهت الأوقاف الأهلية، ونقلت نظارة الأوقاف الخيرية إلى وزارة الأوقاف، وجعلت لوزيرها حرية التصرف في صرف ربع الوقف إلى الجهة التي يراها أولى من الجهة التي عينها الواقف، وقضت بتسليم الأراضي الزراعية الموقوفة على جهات البر للإصلاح الزراعي .

وبعد ذلك صرح بأن العبرة بقيمة الثلث عند وفاة الواقف وهو ما كان مقرراً من قبل.

وإنما قيد بهذا الوقت لأنه الذي يعرف فيه وجود ورثة لهم حقوق تعلقت بتركة الواقف فيحافظ عليها بمنع تنفيذ الوقف فيما يمس حقوقهم.

وعلى هذا يكون الوقف حين إنشائه صحيحاً بأي مقدار كان لأننا لا ندري أيرجع عن وقفه بعد ذلك ـ وهو حق مقرر له ـ أم لا، كما لا ندري أيكون له مال غير ما وقفه وقت وفاته أم لا يكون له غير هذا الموقوف، كما لا نعلم أيكون له ورثة وقت وفاته أو لا يكون له وارث، كل هذه امور تحول دون الحكم ببطلان جزء من وقفه وقت إنشائه.

ثم إن القانون بين بعد ذلك الطريقة التي يقدر بها ماله وقت الوفاة والجهة التي تملك هذا التقدير.

كما نص على ،أن جميع أوقافه الخيرية السابقة على العمل بهذا القانون ،والتي جاءت بعده تدخل في تقدير أمواله لا يخرج عن ذلك إلا الأوقاف التي لا يملك الرجوع فيها بعد إلغاء الأوقاف الأهلية[1] تنحصر في وقف المسجد وما وقف عليه لأن هذا الوقف قد خرج من يده وانقطعت قدرته عليه فأشبه ما ملكه لغيره في حياته بعوض أو بغير عوض.

فلو وقف شخص خمسة أفدنة على مسجد بعد إنشائه، وخمسة على مصحة، وعشرة على جهات البر الأخرى، ثم مات عن ورثة وترك خمسة عشر فداناً غير الموقوف.

---

(١) وقد كانت الأوقاف التي لا يملك الرجوع فيها في ظل قانون الوقف قبل هذه التشريعات هي وقف المسجد وما وقف عليه، والأوقاف الأهلية التي صدرت منه نظير عوض، والتي صدرت ضماناً لحقوق ثابتة قبله.

ففي هذه الحالة نصرف النظر عما وقف على المسجد،ثم نجمع ما وقفه على ما تركه وننفذ الوقف في ثلث هذا المجموع فقط بالطريقة الآتية:

٥ + ١٠ + ١٥ = ٣٠ ÷ ٣ = ١٠ أفدنة ننفد فيها الوقف بالمحاصة بين المصحة وجهات البر الأخرى . ثلثها للمصحة وثلثاها لجهات البر . وهكذا .

الفصل الخامس
في
شروط الواقفين

شروط الواقفين. هي ما يمليه كل واقف في كتاب وقفه بمحض إرادته ليعبر به عن رغباته ومقاصده في الكيفية التي ينشأ بها وقفه، والنظام الذي يتبع فيه من تولى شئونه وتوزيع ريعه، وهذه الشروط لا يمكن حصر أفرادها تبعاً لتعذر حصر أغراض الواقفين، ولكن يمكن حصر أنواعها كما فعل الفقهاء، والحنفية قسموا هذه الشروط إلى ثلاثة أقسام، باطل، وفاسد، وصحيح، وحكم الصيغة يختلف تبعاً لنوع الشرط المقترن بها، وهاك بيانها عندهم، ثم بيان موقف القانون منها.

فالشرط الباطل: هو كل شرط يخل بأصل الوقف أو يتنافى مع حكمه.

كاشتراط الواقف بقاء العين الموقوفة على ملكه، أو اشتراطه أن يكون له حق الرجوع متى شاء، أو توقيته أو اشتراط الخيار مدة معينة، فإن الأول يخل بحقيقة الوقف التي هي حبس العين الموقوفة عن أن تكون مملوكة للعباد، والباقي ينافي حكم الوقف الذي هو اللزوم والتأبيد.

وحكم هذا الشرط أنه يؤثر في وقف غير المسجد بالبطلان، فلا يترتب عليه شيء من آثاره، وكأنه لم يكن. وهو الراجح، وقيل يبطل الشرط ويصح الوقف وهو رواية عن أبي يوسف اختارها للفتوى بعض فقهاء الحنفية المتأخرين.

أما وقف المسجد فلا يؤثر فيه، بل يلغو الشرط ويصح الوقف باتفاق الصاحبين، فالشرط الباطل في وقف المسجد يأخذ حكم الشرط الفاسد في جميع الأوقاف.

والشرط الفاسد هو كل شرط لا يخل بأصل الوقف ولا يتنافى مع حكمه لكنه يعطل مصلحة الوقف أو يضر بالموقوف عليه أو يكون مخالفاً للشرع.

فمثال ما يعطل مصلحة الوقف، أن يشترط الواقف عدم الإنفاق على عمارة الوقف، أو تقديم صرف الريع إلى المستحقين على العمارة الضرورية، أو عدم الاستبدال به ولو تخرب.

ومثال الثاني: اشتراط عدم عزل الناظر ولو خان، أو منع استئجاره لأكثر من سنة، والناس لا يرغبون في الاستئجار سنة واحدة، أو كان في استئجاره أكثر من سنة زيادة في الأجرة.

ومثال الثالث: أن يشترط إنفاق ريعه كله أو بعضه على شيء محرم.

وحكم هذا النوع أنه يصح الوقف ويلغو الشرط لا فرق بين وقف المسجد وغيره بالاتفاق.

والشرط الصحيح: هو كل شرط لا يخل بأصل الوقف ولا بحكمه، ولا يعطل مصالح الوقف أو الموقوف عليهم، ولم يكن فيه مخالفة للشرع.

وأمثلة ذلك كثيرة منها. اشتراطه أن يبدأ من غلة الوقف بعمارته ودفع الضرائب المستحقة عليه، أو اشتراطه عزل الناظر إذا خان، أو اشتراطه الاستبدال إذا تخرب الوقف أو قلت منفعته، أو أن تكون النظارة للأرشد فالأرشد من أبنائه وذريته إلى غير ذلك.

وحكم هذا الشرط أنه يصح الوقف معه، ويجب الوفاء به إلا في بعض حالات استثنائية.

ومن هنا شاع على لسان الفقهاء « شرط الواقف كنص الشارع » يريدون بذلك أن الشرط الصحيح يجب العمل به ، ولا تجوز مخالفته إلا لضرورة أو مصلحة راجحة ، لأنه يعبر عن إرادة الواقف ، ولا يخل بأصل الوقف ولا يمنعه ولا بمصلحة الموقوف عليهم ، وليس فيه مخالفة للشرع ، فيعامل معاملة النص في فهم المراد منه ، فإذا وجد عرف فيه حمل عليه . وإن لم يوجد عرف،فان وجدت قرينة تعين المراد عمل بها حتى ولو[1] خالف ذلك القواعد اللغوية ، فان لم يوجد عرف ولا قرينة اتبع فيه ما يتبع في فهم النصوص،فيجري العام على عمومه ما لم يوجد ما يخصصه ، والمطلق على إطلاقه ما لم يوجد ما لم يقيده ، وإذا تعارض نصان في كلام الواقف فان أمكن الجمع بينهما فيها ، والا جعل المتأخر ناسخاً للمتقدم .

غير أن العمل بهذه القاعدة واحترامها إلا أبعد الحدود ترتب عليه مضار كثيرة عندما طبقت على الشروط التعسفية التي كان يشرطها الواقفون للمنع والحرمان . مما زاد في شكاية الشاكين .

ولهذا عالج قانون الوقف مسألة الشروط من أساسها .

فقسم الشروط إلى قسمين صحيح وغير صحيح ، واعتبر الوقف صحيحاً مع إلغاء الشرط غير الصحيح سواء كان باطلاً باصطلاح الفقهاء أو فاسداً ، ثم خالف في بعض الشروط فاعتبرها صحيحة مع أنها باطلة في مذهب الحنفية وبالعكس ، فعل ذلك كنتيجة حتمية لما شرعه من الأحكام المخالفة لما كان معمولاً به من قبل كإباحة الرجوع ، وعدم اشتراط التأبيد وغيرهما ، وأخيراً ألغى كثيراً من الشروط التعسفية التي كان يشترطها الواقفون ونفذها القائمون

---

(١) وقانون الوقف أقر هذا . فمادته العاشرة تقول « ويحمل كلام الواقف على المعنى الذي يظهر أنه أراده وإن لم يوافق القواعد اللغوية » .

على الأوقاف باعتبار أنها صحيحة.

ففي مادته السادسة يقول: «إذا اقترن الوقف بشرط غير صحيح صح الوقف وبطل الشرط» والمذكرة التفسيرية توضح ذلك فتقول: «إن الشرط الفاسد هو ما كان منافياً لأصل عقد الوقف أو كان غير جائز شرعاً أو كان لا فائدة فيه وما عدا ذلك فهو شرط صحيح».

ومنافاة الشرط لأصل العقد يجب أن يراعي فيها طبيعة الوقف وأحكامه في نظر القانون، وما لا يخالفها من الراجح في مذهب الحنفية. لأن من الشروط ما كان صحيحاً قبل القانون وأصبح غير صحيح بعده «وبالعكس، ومنها ما هو صحيح أو غير صحيح فيهما.

فمثلاً إذا شرط: في وقف المسجد أن له الرجوع فيه أو أن له بيعه متى شاء كان هذا منافياً لأصل الوقف فيكون فاسداً، حيث إن وقف المسجد لازم بمجرد تمامه، وإذا شرط ذلك في غيره من الأوقاف كان شرطاً صحيحاً، لأن غيره ليس بلازم في حياته في حكم القانون مع أنه غير صحيح في مذهب الحنفية.

والشرط غير الجائز شرعاً هو ما كان محرماً أو مخالفاً لمقاصد الشرع.

فالمحرم مثل أن يقف على امرأة بشرط أن تبقى خليلته ما رغب في ذلك، أو يقف على ابنه بشرط أن يقاطع والدته.

والمخالف لمقاصد الشرع، ما لو وقف المسجد بشرط أن يصلي فيه جماعة معينة، أو يقف على زوجته بشرط ألا تتزوج غيره بعد وفاته.

ومن الشروط التي لا نفع فيها. ما إذا جعل داره مسجداً على أن له أن يبيعه ويستبدل به، وإنما كان هذا الشرط لا فائدة فيه. لأن شرط الاستبدال في

غير المسجد فيه فائدة حيث إن المقصود منها الغلة، وقد تكون في بعض الأوقاف أكثر منها في البعض الآخر، والمقصود من المسجد الصلاة فيه وهي لا تختلف باختلاف المساجد، وكذلك كل شرط لا تظهر له فائدة وقت الوقف، أو يتبين فيما بعد أنه لا فائدة فيه.

فأنت ترى أنه سوى بين الشرط الباطل والفاسد في الإلغاء، وصحيح الوقف أخذاً بالرواية عن أبي يوسف في الشرط الباطل، لأن كلا منهما شرط غير صحيح، ولعدم ظهور وجه مقبول للتسوية بينهما في الإلغاء في وقف المسجد والتفرقة بينهما في وقف غيره.

وهذا المسلك في التقسيم مع ما قرره من أحكام تخالف المذهب، كإباحة الرجوع وجواز التوقيت تبعه اختلاف في التطبيق في بعض الجزئيات، فنجد بعض الشروط يصح في نظر القانون بينما هو باطل عند الحنفية. مثل اشتراط التوقيت في وقف غير المسجد، واشتراط إباحة الرجوع. فإنها لا تنافي حكم الوقف في القانون وتنافيه عند الحنفية، وقد يكون الأمر بالعكس فيحكم القانون ببطلان الشرط وهو صحيح في المذهب. وهذا كثير في الوقف الأهلي كاشتراط حرمان الزوجة من الاستحقاق إذا تزوجت غيره.

وكثيراً ما يتفق حكم الشرط الواحد فيهما. كاشتراط التأييد في الوقف الخيري، أو اشترط الأستبدال في غير المسجد، فان هذا وما شاكله صحيح فيهما ومثل اشتراط الرجوع أو التأقيت في وقف المسجد فإنه غير صحيح فيهما.

مخالفة شرط الواقف ومتى تجوز؟

عرفنا حكم الشرط بأنواعه في مذهب الحنفية، وأن الشرط الصحيح عندهم يجب الوفاء به، ولا يجوز مخالفته إلا في بعض حالات استثنائية وهي حالتان:

الأولى: إذا كانت مخالفته لا تفوت غرض الواقف. مثل إذا شرط أن يشتري من ريع وقفه كل يوم طعاماً معيناً يوزع على طلبة مدرسة معينة واختار الطلبة أن يصرف لهم يومياً ثمن الطعام جاز لناظر الوقف أن يجيبهم إلى ذلك، لأن المخالفة لا تفوت غرض الواقف، حيث أنه ما قصد إلا مساعدتهم على طلب العلم، بل قد يكون دفع الثمن أنفع لهم.

ومن ذلك ما إذا شرط أن يوزع من ريع وقفه أول كل شهر عشرة جنيهات على من يسألون الناس عند مسجد معين، فإن للناظر مخالفة ذلك وانفاقها على من يسألون عند مسجد آخر، «أو على من لا يسألون ويتعففون. لأن غرض الواقف معاونة المحتاجين».

الثانية: إذا أصبح العمل بهذه الشروط مؤثراً في منفعة الوقف أو الموقوف عليهم بعد أن تغيرت الظروف، كما إذا شرط الواقف أن يعطي مرتبات معينة لموظفي مدرسة خاصة أو مسجد خاص ثم تغيرت ظروف المعيشة بحلول الغلاء محل الرخاء بحيث أصبحت هذه المرتبات غير كافية لأصحابها، وأن المصلحة في زيادتها، فهنا تجوز المخالفة، ولكن بإذن القاضي لأنه هو الذي يقدر الظروف وتغييرها.

ومن ذلك ما إذا شرط الواقف ألا يغير رسم بناء الوقف عند إعادة بنائه، ثم ظهر أن تغيير الرسم تزيد في غلة الوقف فإنه تجوز مخالفة شرط الواقف بإذن القاضي أيضاً.

أما قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ فلم يمنع مخالفة شرط الواقف، بل تراه في المادة - ٢٢ - ينص على أن الشرط يبطل فيما إذا كان لا يترتب على عدم مراعاته تفويت مصلحة للواقف أو للوقف أو للمستحقين، كما إذا شرط لاستحقاق الفقراء أن يكونوا سائلين في مكان معين، أو اشتراطه لاستحقاق

قراء القرآن أن يقرءوا في مسجد معين، فإن أمثال هذه الشروط تكون باطلة أخذاً بمذهب الإمام ابن تيمية، لأن العمل بها لا يترتب عليه مصلحة ومخالفتها لا يفوت مصلحة على أحد.

ونص المادة في فقرتها الثانية «ويبطل كذلك كل شرط لا يترتب على عدم مراعاته تفويت مصلحة للواقف أو الوقف أو المستحقين».

وأنت إذا أمعنت النظر في هذه الحالة التي جعل القانون الشرط فيها باطلاً تجدها هي بعينها الحالة الأولى التي أجاز الحنفية فيها للناظر مخالفة شرط الواقف بدون حاجة إلى إذن القاضي.

وأما القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ فقد أجاز لوزير الأوقاف بموافقة مجلس الأوقاف الأعلى، وإجازة المحكمة المختصة أن يصرف ريع الوقف كله أو بعضه على الجهة التي يعينها دون تقيد بشرط الواقف، وبهذا أصبحت شروط الواقفين غير ملزمة وإن كانت صحيحة في نظر الفقه والقانون، وسلبت قداستها التي أضفاها عليها الفقهاء في عبارتهم المشهورة «شرط الواقف كنص الشارع».

الشروط العشرة

من الشروط التي يشرطها الواقفون في كتب أوقافهم شروط سميت في الاصطلاح الحديث، وفي عرف الموثقين بالشروط العشرة، وهي ليست موجودة بهذا العنوان في كتب المتقدمين من الفقهاء، ولا في كثير من كتب المتأخرين.

ولعل بعض الموثقين وجد أن أغلب الواقفين يشرطونها فسماها بهذا الإسم اختصاراً، وهي كما عدها بعض الفقهاء: الإعطاء والحرمان، والإدخال والإخراج، والزيادة والنقصان، والتبديل والتغيير، والابدال والاستبدال.

والمذكرة التفسيرية لقانون الوقف تعدها على الوجه الآتي:

١ ، ٢ ـ الإعطاء والحرمان ـ ٣ ، ٤ ـ الإدخال والإخراج ـ ٥ ، ٦ ـ الزيادة والنقصان ٧ ـ التغيير والتبديل ٨ ، ٩ ، ١٠ ـ الاستبدال والأبدل والبدل أو التبادل.

ومن ينظر إلى هذه الشروط وتفسيراتها التي ذكرت لها يظهر له أمران:

الأول: إنها ليست عشرة على التحقيق لتداخل بعضها ،فالزيادة والتفضيل بمعنى واحد. والإخراج والحرمان كذلك.

الثاني: إن هذه الشروط منها ما يرجع إلى نفس العين الموقوفة كالابدال والاستبدال فمآلها إحلال عين محل العين الموقوفة لتكون وقفاً بدلها.

ومنها ما يرجع إلى مصارف غلة الوقف وكيفية توزيعها ،وهي الشروط الثمانية الإعطاء والحرمان والتفضيل والتخصيص، والإدخال والإخراج، والزيادة والنقصان».

ومن يمعن النظر يجد أنه يغني عنها شرطان. وهما التبديل والتغيير.

ولقد كانت هذه الشروط قبل صدور قانون الوقف حقاً للواقف يشرطها لنفسه ولغيره مطلقة أو مع التكرار، فإذا لم يشرطها لم تكن حقاً لأحد.

ولما أساء الغير استعمال هذا الحق وصح المستحقون في الأوقاف بالشكوى وجد المشرع أن الفرصة قد سنحت له بعلاج هذه المشكلة ، فجاء قانون الوقف يمنع جعلها لغير الواقف،وقصر الحق فيها عليه فقط. بعضها يثبت له من غير اشتراط ، وهي الشروط الثمانية التي تتعلق بمصارف غلة الوقف نتيجة لما جعله له من حق الرجوع في وقفه والتغيير فيه.

« للواقف أن يرجع في وقفه كله أو بعضه كما يجوز له أن يغير في مصارفه وشروطه ولو حرم نفسه من ذلك على ألا ينفذ التغيير إلا في حدود هذا القانون» م ١١ ف ١ ، وأما الإبدال والاستبدال فلا يثبتان له إلا بالشرط ،

فلو لم يشترطها لنفسه لم يملك واحد منها، وإذا شرطها كان له ذلك مرة واحدة، لأن التكرار لا يثبت له إلا بالشرط، فإذا احتاج الأمر إلى تكرار الاستبدال كان الحق فيه للمحكمة.

جاء ذلك في المادة - ١٢ - ١٣ إذ تقول الأولى: «للواقف أن يشترط لنفسه لا لغيره الشروط العشرة أو ما يشاء منها وتكرارها على ألا تنفذ إلا في حدود القانون».

والثانية: «فيما عدا حق الواقف الذي شرطه لنفسه يكون الاستبدال في الوقف من اختصاص المحكمة الشرعية ولها ذلك متى رأت المصلحة فيه».

وبعد التغييرات التي طرأت على نظام الوقف نرى أن هذه الشروط فقدت أهميتها العملية فلا داعي للاطالة في الكلام عليها.

غير أن شرطي الإبدال والاستبدال لا يزال لهما أهمية فيما بقي من الأوقاف لذلك سنخصهما بشيء من البيان مع إرجاء الكلام عليهما إلى الباب الثالث باعتبار أنهما من أحكام الوقف:

الباب الثالث

في أحكام الوقف ـ وفيه مباحث

تمهيد: كلمة الحكم تطلق على صفة الشيء الشرعية من كونه مشروعاً أو غير مشروع، كما تطلق على صفته الثابتة له بعد شرعيته من كونه صحيحاً تترتب عليه آثاره، أو غير صحيح فلا تترتب عليه الآثار، كما تطلق على نفس الآثار المترتبة عليه، وقد سبق تفصيل ذلك عند الكلام على حكم الوصية.

ولا خلاف بين الفقهاء القائلين بشرعية الوقف في حكمه بمعنى صفته الشرعية من أنه أمر مندوب إليه غير واجب ولا مفروض، كما اتفقوا على أن الوقف متى توفرت له شروطه بعد وجود ركنه ترتبت عليه آثاره، وإذا فقد شرطاً من الشروط كان غير صحيح لا يترتب عليه شيء من تلك الآثار.

ولكنهم اختلفوا في الحكم بمعنى الآثار المترتبة عليه، وقد سبق أن بينا شيئاً منها عند بيان حقيقة الوقف، وقلنا إن أبا حنيفة يذهب إلى أن الأصل في الوقف هو عدم لزومه، وأنه لا أثر له في العين الموقوفة فتبقى على ملكه يباح له كافة التصرفات التي كان يملكها قبل الوقف، وإنما أثره يظهر في التصدق بالغلة والثمرة من غير لزوم.

ويرى الإمام مالك أن الوقف لا يؤثر في نفس العين الموقوفة، فتبقى مملوكة للواقف غير أنه يمنع من التصرف فيها تبعاً للزوم التصدق بالمنفعة والثمرة.

ويرى الصاحبان « أبو يوسف ومحمد » والشافعي وأحمد بأن الوقف يؤثر في العين والمنفعة معاً فيخرج العين عن ملك الواقف ويلزمه بالتصدق بالمنفعة، فلا يملك الرجوع في وقفه أصلاً، وإن كان يثبت له حق التغيير في شرطه ومصارفه إذا شرط ذلك على بعض الآراء.

وقد فصلنا القول باللزوم وأدلته وبينا الراجح من تلك الآراء هناك.

وكلامنا الآن يتجه نحو أمر يرتبط باللزوم ارتباطاً وثيقاً. وهو الرجوع والتغيير في الوقف. ثم ننتقل إلى الكلام على الأحكام الأخرى مما يتعلق باستغلال الوقف وعمارته والولاية عليه.

المبحث الأول
في الرجوع عنه والتغيير فيه

كلام الفقهاء في هذا الموضوع يتلخص في أن الوقف إما أن يكون معلقاً على موت الواقف. كقوله: إذا مت فأرضي هذه صدقة موقوفة على جهة كذا، أو مضافاً إليه، كقوله: داري هذه صدقة موقوفة على الغرباء بعد موتي، أو يكون منجزاً كقوله: أرضي هذه وقف على مسجد البلدة من غير إضافة ولا تعليق.

فإن كان معلقاً أو مضافاً على الوجه السابق فقد اتفق الفقهاء على أنه غير لازم في حياة الواقف، فيجوز له الرجوع عنه في أي وقت شاء، فإذا لم يرجع عنه ومات لزم الورثة. لأن الوقف على هذه الصورة في حكم الوصية فيأخذ حكمها، وهي غير لازمة في حياته.

وإن كان منجزاً والموقوف مسجداً يكون لازماً باتفاق الفقهاء، فلا يجوز الرجوع فيه بعد تمامه، وإن كان غير مسجد فقد تقدم خلاف الفقهاء فيه، وأن الراجح هو القول باللزوم.

ولقد كان العمل قبل قانون الوقف برأي الصاحبين باعتباره الراجح من مذهب الحنفية، وخلاصته.

إن الوقف متى وجد مستوفياً لأركـانـه وشرائطـه أصبـح لازمـا لا يجوز للواقف الرجوع فيه، ولا لورثته من بعده ولو شرط ذلك في كتاب وقفه، كما لا يجوز له التغيير في مصارفه وشروطه إلا إذا شرط ذلك عند الوقف، يستوي في هذا الوقف الأهلي والخيري مسجداً كان أو غير مسجد.

ولكن قانون الوقف سار على نهج آخر، فأقر ذلك في وقف المسجد فجعله لازماً بمجرد صدوره. لا يصح الرجوع ولا التغيير فيه حتى ولو شرطهما لنفسه، وألحق به في حكمه ما وقف عليه.

وأما غيرهما من الأوقاف فجعلها غير لازمة في حياة الواقف يباح له الرجوع فيها، والتغيير في مصارفها وشروطها حتى ولو منع نفسه منهما بشرط في كتاب وقفه، فإذا مات من غير رجوع لزم الوقف، فلا يملك أحد الرجوع ولا التغيير فيه، وارثاً كان أو أجنبياً شرطه الواقف له أو لم يشرطه.

ولم يقف القانون بجواز الرجوع للواقف عند حد الأوقاف المستقبلة شأن التشريع العام، وهو أنه يطبق على ما يكون في المستقبل، بل جاوزها ورجع به إلى ما سبقه من أوقاف فجعل له أثراً رجعياً وإن كان في دائرة محدودة، غير أنه لم يطلق ذلك الرجوع، بل قيده بقيود لا يكون له اعتبار في نظر القانون بدونها، كل ذلك جاءت به المادة الحادية عشرة ونصها.

للواقف أن يرجع في وقفه كله أو بعضه، كما يجوز له أن يغير في مصارفه وشروطه ولو حرم نفسه على ألا ينفذ التغيير إلا في حدود هذا القانون.

ولا يجوز له الرجوع ولا التغيير فيما وقفه قبل العمل بـالقـانـون وجعـل استحقاقه لغيره إذا كان قد حرم نفسه وذريتـه مـن هـذا الاستحقـاق ومـن

الشروط العشرة بالنسبة له أو ثبت أن هذا الاستحقاق كان بعوض مالي أو لضمان حقوق ثابتة قبل الواقف.

ولا يجوز الرجوع ولا التغيير في وقف المسجد ولا فيما وقف عليه.

ولا يصح الرجوع ولا التغيير إلا إذا كان صريحاً».

ولما اختلفت المحاكم في تطبيق الفقرة الثالثة صدر القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٤٧ بتعديلها فصارت «لا يجوز الرجوع ولا التغيير في وقف المسجد ابتداء ولا فيما وقف عليه ابتداء».

فهذه المادة أباحت للواقف الرجوع والتغيير في جميع أوقافه السابقة على القانون واللاحقة له ولم يستثن إلا وقف المسجد وما وقف عليه، وبعض صور من الأوقاف السابقة. لكنها قيدت الرجوع بقيود، وبعبارة أخرى جعلت لكون الرجوع معتبراً شروطاً إذا فقدها أو واحداً منها لا يكون له أثر في الوقف، وإليك بيان هذه الشروط.

شروط اعتبار الرجوع والتغيير في الوقف:

الذي يؤخذ من هذه المادة ومن المادة الأولى. أن الرجوع أو التغيير في مصارف الوقف وشروطه لا يكون له اعتبار في نظر القانون إلا إذا توفرت الشروط الآتية:

١ ـ أن يكون من الواقف نفسه إذا كان أهلاً للتصرفات، لأنه حق شخصي له بجعل القانون، كما صرحت المادة السابقة في مطلعها «للواقف أن يرجع الخ». فيبقى ما عداه مسكوتاً عنه، وحكم المسكوت عنه يرجع فيه إلى الراجح في مذهب الحنفية، وهو يقرر المنع من الرجوع والتغيير، وعلى هذا يكون الرجوع من وكيل الواقف في حياته إذا كان غائباً، أو من وارثه بعد وفاته غير صحيح لا يغير صفة الوقف.

٢ ـ أن يكون كل منهما صريحاً بأن تصدر منه عبارة مكتوبة دالة على ما يريد كرجعت عن وقفي، أو أبطلته وما شاكل ذلك، فلو كان الرجوع غير صريح لا يؤثر في الوقف، كما إذا تصرف في الموقوف تصرفاً يحمل في طيه الرجوع أو يحتمل الرجوع مثل ما إذا باع العين الموقوفة. أو وقفها على جهة أخرى من غير أن يصرح في كتاب وقفه الجديد بأنه رجع عن وقفه الأول، أو امتنع عن صرف الغلة إلى الجهة الموقوف عليها.

٣ ـ أن يصدر به إشهاد رسمي بالصفة التي عينها القانون. فإذا كان على غير تلك الصفة يكون لغواً لا أثر له.

٤ ـ وأخيراً يشترط أن يكون في حدود قانون الوقف، فلا يتعدى به أحكامه فلو تجاوز به أحكام القانون كان باطلاً، كما إذا كان الرجوع أو التغيير في وقف المسجد وما وقف عليه، فإذا صدر الرجوع أو التغيير مستوفياً لهذه الشرائط عمل به من وقت صدوره بدون أن يكون له أثر رجعي، فإذا وقف الشخص أرضه على جمعية خيرية مثلا، وصرف غلتها لتلك الجمعية فترة من الزمان، ثم رجع عن وقفه فإن هذا الرجوع لا يكون إبطالاً للوقف من أساسه، فلا يجوز للواقف أن يرجع على الجمعية بما أنفقه من ريع الأرض، وكذلك في حالة التغيير في المصارف والشروط.

حكمة هذا التشريع:

أما جواز الرجوع فلما جاء في المذكرة التفسيرية من أن الحوادث دلت على أن بعض الواقفين قد تطرأ عليهم ضرورات لا يمكن تلافيها إلا بإجازة الرجوع فيما وقفوه كله أو بعضه، فقد يكون الواقف حين وقفه تاجراً حسن الحال، ثم يشرف على الإفلاس، ولا يكون له ما يفك به عسرته ليحفظ سمعته المالية، وقد تكون العين الموقوفة مرهونة معرضة للبيع في الدين بالغبن، ولو

كان الواقف حراً في تصرفه لاستطاع بيع بعضها وتخليص باقيها، وأشباه ذلك من الأمثلة كثير، فتيسيراً للناس وعملاً بالأصلح اختار المشرع ألا يكون الوقف لازماً بالنسبة للواقف في حياته، فله ما دام حياً أن يرجع عنه، وإذا كان للواقف الرجوع في وقفه فله من باب أولى أن يغير في مصارفه حسبما يريد.

وهذه البواعث التي من أجلها أبيح للواقف الرجوع عن وقفه في حياته موجودة في نوعي الوقف. ما صدر قبل القانون، وما صدر بعده، فيجوز له الرجوع من غير أن يطالب بإثبات ما يبرر هذا الرجوع. لأن الفقرة الأولى من (المادة ١١) جعلت له حق الرجوع بعنوان أنه الواقف ما دام ذلك في حدود القانون بأن لا يكون في الأوقاف التي منع الرجوع فيها، وهي ما فصلتها الفقرتان الثانية والثالثة من تلك المادة، كما أن له حق الرجوع والتغيير في مصارف الوقف وشروطه حتى ولو حرم نفسه من ذلك بشرط في كتاب وقفه.

ولا فرق بين النوعين إلا في أن جواز الرجوع في الأوقاف السابقة مقيد بما إذا لم يترتب على الرجوع تضييع حق على صاحبه أو إضرار بالغير[1].

---

(١) وذلك في حالتين من الأوقاف على غير جهات البر.

الأولى: إذا ثبت أن الوقف كان في نظير عوض مالي. كما إذا وقف المدين على الدائن وأولاده. وحرم نفسه وأولاده من هذا الوقف، أو كان ضماناً لحقوق ثابتة قبل الموقف، كما إذا باع شخص لقريبه عقاراً بيعاً صورياً لتكملة نصاب أو نحو ذلك، ثم وقف المشتري هذا العقار على قريبة الذي باعه له. لأن الواقف هنا غير متبرع على الحقيقة، بل متبرع صورة، وحق الرجوع ما ثبت له إلا باعتبار أنه متبرع على الحقيقة، وإثبات هذه الحالة يكون بكافة طرق الإثبات ومنها القرائن.

الثانية - إذا وقف الشخص ماله على غيره، وحرم نفسه وذريته من غلة هذا الوقف ومن الشروط العشرة بالنسبة لهذا المقدار، لأن الوقف على هذه الصورة قرينة دالة على أن الواقف لم يكن متبرعاً، بل كان وقفه في نظير عوض يمنعه من الرجوع ولا يحتاج في هذه الحالة إلى تحقيق أو إثبات، ويكفي وجود هذا المظهر في كتاب الوقف لمنعه من الرجوع.

وأما منع الرجوع في المسجد فلأن الأرض إذا صارت مسجداً أصبحت خالصة لله ، وخلوصها لله ينافي بقاء حق للعباد فيها ، فالمسجدية ، مانعة من الرجوع باتفاق الفقهاء ، وفوق ذلك فإن تجويز الرجوع فيه يترتب عليه ما يقبح شرعاً وعادة حيث يكون المكان في وقت ما مسجداً يذكر فيه اسم الله ، وفي وقت آخر يصير موضع لهو ، أو مربط ماشية[1] .

ولقد ألحق القانون بالمسجد ما وقف عليه ، وهو وإن كان من الأوقاف المختلفة فيها بين الفقهاء إلا أن المصلحة اقتضت منع الرجوع فيه لما يترتب على التجويز من تخريب المساجد ، أو تعطيل الغرض المقصود منها ، وهو إقامة الشعائر فيها ، على أن ما يوقف على المساجد يكون غالباً قدراً يسيراً ، ويندر أن يكون فيه غناء للواقف إذا وجد باعث مما يجوز الرجوع .

وكما لا يجوز الرجوع فيما وقف على المسجد لا يجوز له التغيير في مصارفه حتى ولو شرطه لنفسه ، فإن هذا الشرط يعتبر باطلاً فيلغي أخذاً بمذهب الحنابلة .

والمراد بوقف المسجد وما وقف عليه الذي لا يجوز له الرجوع فيه . هو وقف كذلك ابتداء . كأن يجعل قطعة أرض من أول الأمر مسجداً ، أو يقف أرضه لينفق منها على المسجد دون أن يجعل ريع الوقف مصروفاً أولا لجهة من

---

(١) اقتصر القانون في الاستثناء على وقف المسجد وما وقف عليه ولم يتعرض لوقف المقبرة مع أنه قريب من وقف المسجد ، فإن القبح الذي يوجد في تجويز الرجوع في المسجد يوجد ما يقرب منه في الرجوع في المقبرة ، فكان على المشرع أن يضيفها إلى المسجد وما وقف عليه في المنع .

والمادة لم تعرض لوقف الكنائس والمعابد الأخرى ، لأنها لم يتعارف وقفها قبل هذا القانون بدليل أنه لم توجد في سجلات الأوقاف وقف كنيسة لأنه ما كان يباح قبله وقف الكنيسة لأن ما كان معمولا به حينذاك ـ وهو الراجح من مذهب الحنفية ـ يمنعه ، والواقع أنها أماكن للعبادة يقيمها أهلها لذلك من غير وقف .

جهات البر ثم من بعدها على المسجد.

أما إذا جعل داره مستشفى مدة معينة، ثم من بعدها تكون مسجداً فإنه يصح له الرجوع في هذا الوقف في مدة جعله مستشفى، وكذلك إذا وقف أرضه لينفق منها على المستشفى مدة عشر سنوات، ثم من بعدها على المسجد فإنه يجوز له أن يرجع عن وقفه قبل مضي السنوات العشر، وكذلك له الحق في التغيير في مصارفه وشروطه في هذه المدة،لأنه لا يصدق على هذا الوقف أنه وقف على المسجد ابتداء. كما جاء في القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٤٧ المعدل للفقرة الثالثة من المادة - ١١ - من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦.

ومما ينبغي ملاحظته هنا أمران:

الأول:إن حكم الوقف الآن عدم اللزوم فيجوز الرجوع فيه للواقف يستوي في ذلك الأوقاف السابقة على العمل بالقانون والصادرة بعده، ولا يخرج عن ذلك إلا وقف المسجد وما وقف عليه فإنه لازم لا يجوز الرجوع ولا التغيير فيه. أما غيرهما من الصور التي منع القانون من الرجوع فيها فقد كانت من الوقف الأهلي، وقد انتهى ذلك الوقف بصدور المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢.

الثاني: من القانون أخذ جواز الرجوع من مذهب أبي حنيفة، كما جاء بالمذكرة التفسيرية، وقد قدمنا أن مذهبه يقضي بعدم خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف، وأنه يملك التصرف فيها بكافة التصرفات، وأن التبرع بالمنفعة غير لازم، فله الرجوع عنه في أي وقت شاء صريحاً كان أو ضمنياً، وإذا مات تورث عنه.

فهل معنى هذا أن القانون أخذ مذهب أبي حنيفة كله؟

والجواب: إن القانون لم يأخذ بمذهب أبي حنيفة كله، بل أخذ طرفاً منه

فقط، لأنه أباح الرجوع للواقف في حياته، فإذا مات من غير رجوع لزم الوقف ولم يصر ميراثاً، ثم إن الرجوع لا يعتبر في نظر القانون إلا إذا كان صريحاً.

ومعنى هذا أن الواقف ممنوع من سائر التصرفات التمليكية كالبيع والهبة في العين الموقوفة، وأن المال الموقوف لا تزول عنه صفة الوقفية ما لم يوجد من الواقف رجوع صريح.

فالوقف في نظر القانون أخرج العين الموقوفة عن ملك الواقف خروجاً غير لازم، أو على الأقل قطع حقوق الملكية التامة عنها، فإن مات من غير رجوع لزم الوقف ولا ملك فيها لأحد وإن رجع في وقفه عادت الحقوق إليه مرة أخرى...

وبناء على هذا لا يكون لمن ثبت له على الواقف دين بعد الوقف أن يطالب ببيع هذه العين الموقوفة في دينه قبل رجوع الواقف الصريح بحجة أن الوقف غير لازم وأن للواقف حق الرجوع فيه...

المبحث الثاني
في الإبدال والاستبدال

يراد بالإبدال عند الفقهاء، بيع عين الوقف ببدل سواء كان عيناً أخرى أو نقوداً، ويراد بالاستبدال شراء عين بدل التي بيعت لتكون وقفاً بدلها[1]، فالعين

---

(١) هذا إذا جمع بين اللفظين في كتاب وقفه كأن يقول: على أن لي حق الابدال والاستبدال، أما إذا لم يجمع بينهما واقتصر على ذكر أحدهما فقط. كأن يقول على أن لي الإبدال مثلاً فإنه يراد به معنى المعاوضة المتضمن إخراج العين الموقوفة عن جهة وقفها في نظير عوض يكون وقفاً بدلها.

المبدلة هي المبيعة من الوقف، والمستبدلة هي المشتراة لتكون وفقاً بدلها.

وفي عرف الموثقين يراد بالاستبدال. بيع عين الوقف بالنقد، وبالإبدال شراء عين للوقف بالنقد، والبدل أو التبادل هو المقايضة. أي بيع عين الوقف بعين أخرى.

وقد اتفق القانون مع مذهب الصاحبين من الحنفية على أن هذا التصرف يملكه الواقف إذا شرطه لنفسه عند إنشاء وقفه، كما يملك تكراره بالشرط أيضاً فإذا لم يشرطه يكون الحق للقضاء.

غير أن الاستبدال في الحالتين له كيفية خاصة وقيود لا بد من بيانها وإليك البيان.

مذهب الحنفية أثبت هذا الحق للواقف إذا شرطه لنفسه، فله في هذه الحالة أن يبيع أي عين من أعيان الوقف بالنقود أو مقايضة. وتكون النقود في الحالة الأولى هي عين الوقف فيشتري بها عين أخرى ولا يصرف منها شيء للمستحقين،لأن حقهم في الريع لا في عين الوقف، ويكون مال البدل أمانة في يد المتولي كعين الوقف، وفي حالة المقايضة تكون العين المشتراة وفقاً بمجرد تمام الشراء، ولا يشترط في هذا التصرف أي شرط، ولا يتوقف على إذن القاضي، لأنه ثبت للواقف بالشرط باعتبار كونه واقفاً فله الاستبدال سواء أكان الموقوف عامراً له ريع كبير أو قليل، أم كان متخرياً لاريع له.

فإذا لم يشترطه الواقف لنفسه أو نهى عنه فلا يملك أحد هذا الاستبدال إلا القاضي فإنه يثبت له إذا وجد مسوغ يقتضيه وذلك في حالتين:

الأولى: إذا اقتضيت الضرورة ذلك كأن تصبح العين الموقوفة غير منتفع بها بأي سبب من الأسباب. أو يقل الانتفاع بها بحيث تصبح غلة الوقف لا تكفي لنفقاته ولم يكن للوقف ريع يعمر به، ولم يرغب أحد في استئجار العين

الموقوفة ودفع أجرتها مقدماً ليعمر بها. ففي هذه الحالة يجوز للقاضي الاستبدال،ويشتري بالثمن عيناً أخرى تكون وقفاً، ومن الضرورة أن يحتاج إلى العين الموقوفة للمنفعة العامة كتوسيع طريق أو مسجد مثلاً، وهذه متفق عليها بين الصاحبين.

الثانية: إذا لم توجد ضرورة ولكن وجدت مصلحة. كأن يكون الوقف منتفعاً به لكن يراد استبداله بما هو أكثر نفعاً سواء كانت من جهة كثرة الغلة أو كثرة الثمن. وهذه جوزها أبو يوسف، ومنعها محمد لئلا يتخذ ذلك ذريعة إلى ضياع الأوقاف، والعمل بقول أبي يوسف.

هذا والفقهاء المتأخرون أجازوا لناظر الوقف الاستبدال في حالتين:

١ - إذا غصب غاصب العقار الموقوف، وعجز الناظر عن استرداده ولا يستطيع مقاضاته لعدم كفاية مستنداته وقبل الغاصب أن يدفع البدل. فللناظر أن يأخذ هذا البدل ولو كان أقل من قيمة العقار ويشتري به عقاراً آخر ليكون وقفاً.

٢ - إذا فعل الغاصب بالعقار ما يخرجه عن الانتفاع به كأن أفسد تربة الأرض، فللناظر أن يضمنه قيمة الموقوف ويشتري به غيره ليكون وقفاً.

قانون الوقف والاستبدال:

إن قانون الوقف لم يخالف ما كان معمولاً به قبله في هذا الموضوع، فقد جعل للواقف الاستبدال إذا شرطه لنفسه عند إنشاء الوقف، فله حينئذ أن يبيع أي عين من أعيان الوقف ببدل عيني أو نقدي سواء كان الوقف عامراً أو متخرباً، وسواء وجدت مصلحة في هذا البدل أولا، وسواء اتحد البدل مع المبدل في جنسه أولا - يفعل ذلك بدون حاجة إلى إذن من المحكمة لأن هذا

الحق ثبت له باشتراطه، فالقانون لم يقيده بشيء في هذه الحالة إلا أنه جعل صحة الاستبدال موقوفة على صدور إشهاد رسمي كما جاء في المادة الأولى.

أما إذا لم يشترطه لنفسه فلا يثبت له هذا الحق، بل يكون من اختصاص هيئة التصرفات بالمحكمة المختصة[1] كما جاء في المادة ١٣ - فيما عدا حق الواقف الذي شرطه لنفسه يكون الإستبدال في الوقف من اختصاص المحكمة الشرعية ولها ذلك متى رأت المصلحة فيه.

فهذه المادة جعلت الحق في الاستبدال للمحكمة عند عدم اشتراط الوقف لنفسه، وصرحت بأن هذا الحق لها غير مقيد بقيد إلا أن يكون في الاستبدال مصلحة ولم تعين نوع المصلحة، وعلى هذا لا يشترط أن تكون المصلحة مالية أو استغلالية. بل يكفي في جوازه وجود أي مصلحة كانت للموقوف أو للموقوف عليهم، ويمنع إذا ترتب عليه ضرر أو لم تظهر له فائدة.

وهذا كما ترى يلتقي مع قول أبي يوسف في جملته.

التشريع القائم الآن:

لما صدر القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩ بتنظيم وزارة الأوقاف ولائحة إجراءاتها جعل هذا الحق للجنة شئون الأوقاف التي شكلت بالمادة الثانية من هذا القانون فمادته الثالثة تقول:

تختص لجنة شئون الأوقاف وحدها بالمسائل الآتية:

« أولا » طلبات البدل والاستبدال في الوقف وتقدير وفرز حصة الخيرات والاستدانة على الوقف، وتأجير أعيانه لمدة تزيد على ثلاث سنين، وتأجيرها بإيجار إسمي والبت في هذه الطلبات جميعها بغير الرجوع إلى المحكمة.

---

(١) وهي المحكمة التي بدائرتها أعيان الوقف كلها أو أكثرها قيمة. كما جاء في المادة الثالثة.

فهذه الفقرة صريحة في أن حق الاستبدال والبت فيه أصبح من اختصاص لجنة شئون الأوقاف ولا دخل للمحاكم فيه ولم يستثن من ذلك إلا الدعاوي التي كانت معروضة على المحاكم حين صدور ذلك القانون حيث أبقى للمحاكم حق الاستمرار في نظرها ما لم يطلب أحد ذوي الشأن إحالتها إلى اللجنة، فإنه يتعين على المحكمة حين الطلب إحالة الدعوى بحالتها إلى هذه اللجنة كما صرحت بذلك المادة الرابعة ونصها:

« تستمر المحاكم في نظر الدعاوي المعروضة عليها والتي أصبحت من اختصاص لجنة شئون الأوقاف. بمقتضى هذا القانون ما لم يطلب أحد ذوي الشأن إحالتها إلى اللجنة المذكورة. وعلى المحكمة في هذه الحالة أن تحيل الدعوى بحالتها وبدون رسوم إلى هذه اللجنة للسير فيها وفقاً لأحكام هذا القانون ».

ثم إنه يشترط في صحة الاستبدال بوجه عام.

ألا يكون في المبادلة غبن فاحش ولا تهمة لمن قام بها بأن يحابي بها قريباً له، فإن وقع ذلك كان الاستبدال غير صحيح.

ولا يشترط اتحاد البدل والمبدل في الجنس فيجوز أن يشتري بدل العمارة أرضاً زراعية وبالعكس ما دام لا يترتب علي ذلك إضرار بمصلحة الموقوف عليهم.

هذا وقد صدر تشريع جديد بنوع جديد من الاستبدال بالنسبة للأراضي الزراعية الموقوفة على جهات البر سنتكلم عليه في الخاتمة إن شاء الله.

ومما ينبغي معرفته هنا أن مال البدل هو الثمن الذي يباع به عين الوقف في الأحوال التي يجوز فيها البيع.

وأن حكمه حكم العين الموقوفة يكون أمانة في يد متولي شئون الوقف لا

يضمنه إلا إذا هلك بتعديه أو إهماله.

وإذا كان حكمه حكم العين الموقوفة فلا يصرف للمستحقين،لأن حقهم في ريع الوقف لا في عينه إلا إذا كانت قيمته لا تفي بشراء عين أخرى توقف بدل الأولي فإنه يعتبر الوقف منتهياً ويصرف للمستحقين.

المبحث الثالث
في طريق الانتفاع بالوقف ولمن تصرف غلته

قدمنا فيما سبق أن العين الموقوفة لا تدخل في ملك الموقوف عليهم إلا على رأي عند الشافعية والحنابلة، وأن المقصود الأصلي من الوقف هو حبس العين لينتفع بها الموقوف عليهم، وأن الموقوف يصح أن يكون عقاراً أو منقولاً، والعقار كما يكون أرضاً زراعية يكون أرضاً عليها بناء معداً للسكنى أو للاستغلال،ومع هذا فقد يشترط الواقف كيفية خاصة في الانتفاع وقد لا يشترط شيئاً.

من أجل ذلك اختلفت وجوه الانتفاع بالمال الموقوف. فأي هذه الوجوه يتبع؟

إذا لم يكن للواقف في كتاب وقفه نص خاص على كيفية الانتفاع بالمال الموقوف انتفع به على الوجه الذي يتبع في مثله شرعاً وعرفاً. وهو ما يلائم طبيعته...

ففي وقف المصاحف ينتفع بها بالتلاوة فيها، والكتب بالمطالعة، وفي الأسلحة بتجهيز الجند بها، وفي الحبوب ببيعها والاتجار بثمنها وبصرف الربح للجهة الموقوف عليها، أو بإقراضها للمحتاجين من الموقوف عليهم ليبذروا بها أرضهم على أن يردوا بدلها وقت الحصاد، وفي النقود بإقراضها للمحتاجين

من الموقوف عليهم وأخذ الضمانات الكافية عليهم ليردوها لتقرض لغيرهم، أو ينتفع بها باتجار بها على سبيل المضاربة، ثم يصرف الربح للجهة الموقوف عليها[1].

وفي الأرض الزراعية بزراعتها بواسطة أجراء او بالمشاركة لحساب الوقف ثم يقسم محصولها بين المستحقين أو تؤجر وتقسم الاجرة عليهم، وفي الأراضي المبينة إما بسكنى الموقوف عليهم أو باستغلالها وتقسيم الربح عليهم.

وإن كان للواقف نص خاص على كيفية الانتفاع اتبع ذلك الوجه ما دام لا يخالف الشرع والعرف، فإذا لم يكن للمال الموقوف إلا وجه واحد للانتفاع ونص عليه الواقف وجب اتباعه» وكذلك إذا كان له وجهان أو أكثر ونص الواقف على أنه ينتفع به بكافة وجوه الانتفاع كان للموقوف عليهم الحرية في اختيار الكيفية التي يريدونها.

وإذا قيدهم بوجه خاص كأن يقف داره على الطلبة الغرباء ليسكنوها أو يستغلوها، فهو تجوز مخالفة شرطه بأن يباح لهم استغلالها في الصورة الأولى والسكنى في الصورة الثانية أولا؟

---

(١) جاء في كتاب الاسعاف في أحكام الأوقاف ص ١٨ ما نصه:

وفي فتاوى الناطقي عن محمد بن عبد الله الأنصاري من أصحاب زفر رحمه الله أنه يجوز وقف الدراهم والطعام والمكيل والموزون. فقيل له: وكيف نصنع بالدراهم قال يدفعها مضاربة ويتصدق بالفضل، وكذا يباع المكيل والموزون بالدراهم أو الدنانير ويدفع مضاربة ويتصدق بالفضل، وقيل على هذا ينبغي أن يجوز إذا قال وقفت هذا الكر على أن يقرض لمن لا بذر له من الفقراء فيدفع إليهم ويبذرونه فإذا حصدوا يؤخذ ويقرض لغيرهم، وهكذا دائماً. ا هـ.

وابن عابدين في رد المختار جـ ٣ ص ١١٧ عند الكلام على وقف الدراهم والدنانير ارتضى أن وقفها صحيح على قول محمد لجريان العرف بذلك ثم قال: وأما نسبة صحته إلى زفر فلانه أول من قاله في زمانه:

أما مذهب الحنفية : فيفصل بين ما إذا قيدهم بالسكنى وبين ما إذا قيدهم بالاستغلال أو اطلق فإن قيدهم بالسكنى لم يكن لهم الاستغلال قولا واحدا ، وإن قيدهم بالاستغلال أو أطلق في الانتفاع كان لهم الأمران على القول الراجح .

أما مذهب الحنابلة : فقد سوى بين الصور ، فإذا قيد بالسكنى أو بالاستغلال أو أطلق ولم يقيد بواحد منهما كان لهم الأمران ، لأن المقصود من الوقف انتفاع الموقوف عليهم فيثبت لهم كافة وجوه الانتفاع ولا يتقيدون بما قيدهم به الواقف .

وقانون الوقف أخذ بمذهب الحنابلة كما جاء في مادته الواحدة والثلاثين ونصها « يجوز استغلال الدار الموقوفة للسكنى ويجوز السكنى في الدار الموقوفة للاستغلال ما لم تقرر المحكمة غير ذلك إذا رفع الأمر إليها » .

فهذه المادة صريحة في أن الموقوف عليه لا يتقيد بما قيده به الواقف ، فمن وقف عليه للسكنى كان له الاستغلال وبالعكس إلا إذا كانت المصلحة في التقييد ، فللمحكمة أن تمنع من استعمال هذا الحق وتقرر ما فيه المصلحة إذ رفع الأمر اليها . . .

فمثلا إذا كانت الدار موقوفة للاستغلال وأراد الموقوف عليه أن يسكنها على وجه يضر بناءها أو يشوه جمالها كاتخاذه مقراً لحرفة من الحرف منعته المحكمة من ذلك ، وإذا كانت دار موقوفة على سكنى الطلبة الغرباء وأراد الناظر استغلالها وهم محتاجون إلى سكنى منع من ذلك أيضاً بقرار المحكمة .

وإنما عدل القانون عن مذهب الحنفية إلى مذهب الحنابلة ، لأن الحوادث دلت على أن العمل بمذهب الحنفية في هذا يلحق بالموقوف عليهم الضرر ، فقد تكون الدار الموقوفة للسكنى في مكان لا يلائم سكن الموقوف عليهم من الناحية

الصحية مثلاً، وقد تفيض الدار بالسكنى عن حاجة الموقوف عليهم ولا يستطيعون استغلال بعضها، وقد تضيق الدار بسكنى الموقوف عليهم إلى غير ذلك من الأعذار.

وهنا مسألة تتعلق بطريقة الانتفاع بالموقوف وهي إجارة الوقف وكيفيتها ومن يملكها... وقد عرض لها القانون المدني الحالي في المواد من ٦٢٨ إلى ٦٣٤.

وهذه المواد انتهى العمل ببعضها بعد إنهاء الوقف الأهلي، والتغيير في نظام النظارة على الأوقاف يظهر ذلك بمجرد عرض نصوصها على ضوء ما تقدم من أحكام الوقف، ويلاحظ أن ما أنهى العمل به قد يكون مادة بتمامها، وقد يكون جزءاً من مادة.

لمن تصرف غلة الوقف؟:

إذا عين الواقف الجهة الموقوف عليها وبين كيفية التوزيع اتبع شرطه الصحيح،ولا تجوز مخالفته إلا إذا كانت المخالفة لا تفوت غرض الواقف كما تقدم بيانه في بحث شروط الواقفين.

وقد يحدث أن الواقف لا يعين الجهة التي يصرف إليها. كأن يقول. وقفت أرضي هذه لينفق منها على وجوه الخير، أو يعين الجهة ولكنها لم توجد بعد. كأن يقف ماله لينفق منه على مسجد البلدة الذي لم يتم بناؤه، أو وجدت ولكنها في غنى عن هذاالوقف، كأن يقف على مستشفى البلدة وللمستشفى أوقاف أخرى يصرف عليه منها، أو كانت محتاجة ولكن ريع الوقف يزيد عن حاجتها.

هذه الحالات تعرض لها قانون الوقف.

فأجازت المادة[1] ١٩ ـ أن ريع الوقف أو فائضه في هذه الحالات ينفق على المحتاج من ذرية الواقف ووالديه بقدر الكفاية، ثم من بعدهم إلى المحتاج من أقاربه. ثم إلى الأولى من جهات البر، ولكن ذلك كله مشروط بإذن المحكمة.

وعلل جواز الصرف إلى الأقارب بأن الوقف شرع على أنه صدقة والإنفاق على الذرية والأقارب من أعظم الصدقات فيصرف إليهم، وإنما اشترط إذن المحكمة ليكون الناظر ملزماً بالصرف إليهم، فإن صرف إلى غيرهم كان ضامناً لأنه صرف إلى غير المستحقين.

هذا ما كان معمولاً به قبل صدور القانون رقم ٢٤٧ في ٢١ ما سنة ١٩٥٣ ولكن هذا القانون جاء فعدل مصارف الأوقاف الخيرية على جهات البر في مادته الأولى ونصها.

« إذا لم يعين الواقف جهة البر الموقوف عليها أو عيتها ولم تكن موجودة أو وجدت مع وجود جهة بر أولى منها جاز لوزير الأوقاف بموافقة مجلس الأوقاف الأعلى وإجازة المحكمة الشرعية أن يصرف الريع كله أو بعضه على الجهة التي يعينها دون تقيد بشرط الواقف».

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية ما يفيد أن هذا التغيير دعت إليه تغير الظروف، فقد يكون الواقف عين جهة ظنها جهة بر وهي بعيدة عنه أو تكون ولكن غيرها أولى منها. فالصرف على إطعام الفقراء خير من إلقاء الورود

---

(١) ونصها « إذا كان الوقف على القربات ولم يعين الواقف جهة البر أو عينها ولم تكن موجودة أو لم تبق حاجة إليها أو زاد ريع الوقف على حاجتها صرف الريع أو فائضه بإذن المحكمة إلى من يكون محتاجاً من ذريته ووالديه بقدر كفايته ثم إلى المحتاج من أقاربه كذلك ثم إلى الأولى من جهات البر.

وسعف النخيل على المقابر، والصرف على جيش مصر أولى من الصرف على جيش الدولة العلية التي زالت علة الوقف عليه، لهذا كان من الضروري أن يكون الإشراف على هذه الأوقاف لجهة عامة تحسن توزيع ريعها على مصارف ذات نفع عام دون تقيد بشرط الواقف حتى ولو كان هو الناظر على الوقف.

والسبيل إلى ذلك أن يترك لوزير الأوقاف حرية اختيار جهة البر التي ينفق عليها ريع الوقف بالاتفاق مع مجلس الأوقاف الأعلى متى أجازته المحكمة الشرعية،وبعد الغاء المحاكم الشرعية في سنة ١٩٥٥ عدل ذلك في سنة ١٩٥٦ فحذف إجازة المحكمة الشرعية لعدم وجودها.

ولما صدر القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩ جعل هذا الحق من اختصاص لجنة شئون الأوقاف كما جاء بالفقرة الثالثة من المادة الثالثة.

«ثالثاً» تغيير مصارف الأوقاف الخيرية وشروط إدارتها.

المبحث الرابع
في الولاية على الوقف وعمارته

الأموال بصفة عامة محتاجة إلى من يقوم بحفظها ويدير شئونها كي لا تكون سائبة مهملة، والأموال الموقوفة كالأموال المملوكة محتاجة إلى من يقوم بحفظها ويدير شئونها من استغلال وعمارة وصرف ريعها إلى المستحقين، لأنها لو تركت من غير رعاية لم تحقق الغرض المقصود منها، وتسارع إليها الخراب.

لذلك جعل الشارع الولاية على الوقف حقا مقرراً لا يجوز أن يوجد وقف من غير ولاية تسمى في عرف الفقهاء والموثقين بالنظر على الوقف.

وهي عبارة عن سلطة شرعية تجعل لمن ثبتت له القدرة على وضع يده عليه وإدارة شئونه من استغلال وعمارة وصرف الريع إلى المستحقين.

ومن تثبت له هذه الولاية غير الواقف يسمى بالناظر[1] أو القيم أو المتولي

وهذه الولاية لا تثبت إلا لمن توفرت فيه شروط ثلاثة. العقل والبلوغ والقدرة على إدارة الوقف إدارة محققة للغرض المقصود منه، ولا يشترط فيه الحرية ولا الإسلام، ولا كونه رجلاً لأنها من الإدارات المالية الخاصة.

لمن تثبت هذه الولاية؟

الولاية على الوقف من المسائل التي تطورت مع الزمن فعالجتها يد الإصلاح غير مرة لأنها من الأمور المهمة في الوقف، إن حسنت حسن الوقف وأوصل إلى أغراضه النبيلة، وإن أسيء استعمالها كان الوقف أداة انتقام من المستحقين لا أداة نفع لهم. لذلـك نراها تغير نظامها في مدة وجيزة من الزمن اكثر من مرة، فقبل صدور قانون الوقف كان لها نظام خاص، ثم أدخل عليه القانون بعض تعديلات، ثم عدل هذا التعديل مرة أخرى بعد إلغاء الوقف الأهلي.

فهذه فترات ثلاث في كل واحدة منها كان للولاية نظام خاص.

ففي الفترة الأولى وهي ـ ما قبل قانون الوقف ـ كان المعمول به مذهب أبي يوسف وهو الراجح عند الحنفية وخلاصته. أن الولاية حق للواقف بحكم الشرع فتثبت له في حياته سواء شرطها لنفسه، أو شرطها لغيره أو سكت عنها أو شرط ألا تكون له ولاية، لأن الواقف أقرب الناس إلى ما وقفه وأعرفهم بالأغراض التي من أجلها وقف هذا المال، كما وأنه أحرصهم على بقائه.

وله بناء على ذلك أن يدير شئونه بنفسه، أو يعين له ناظرا يتولاه في حياته

---

(١) وبعض الفقهاء يرى أن لفظ الناظر يراد به غير ما يراد بالقيم أو المتولي فيما إذا شرط الواقف فيها وناظراً، أو متولياً وناظراً فإنه يراد بالقيم أو المتولي من له الإدارة الفعلية لشئون الوقف، ويراد بالناظر المشرف على أعمال القيم والمتولي وليس له التدخل في الإدارة الفعلية.

يكون[1] وكيلاً عنه يأخذ حكم الوكيل في حياته، وحكم الوصي بعد وفاته.

وما دام الواقف أهلاً للولاية لا تنتقل منه إلى القاضي. فإذا زالت أهليته بأن جن أو أصابه عته أو حجر عليه لسفه انتقلت مؤقتاً للقاضي إلى أن تعود له أهليته فتعود إليه الولاية، وبعد وفاته تكون الولاية لمن شرطها له سواء كان معيناً باسمه كابنه إبراهيم، أو معيناً بوصفه كأرشد أبنائه مثلاً، فإن لم يشرطها لأحد كان لوصية المختار يتولاها بنفسه أو ينيب عنه من يقوم بهذا العمل. فإن لم يوجد ينتقل الحق إلى القاضي بماله من الولاية العامة، ومن المقرر شرعاً أن الولاية العامة لا تثبت على الوقف إلا إذا انتفت عنه الولاية الخاصة وهي ولاية الواقف ومن اكتسب الولاية منه.

وإذا ثبت الحق للقاضي فله أن يولي من يراه مستوفياً لشرائط الولاية سواء أكان قريباً للواقف أم أجنبياً عنه، وسواء اكان من المستحقين أم من غيرهم إلا أن الفقهاء صرحوا بأن تولية القريب أو المستحق أولى من تولية غيره.

فمن هذا ترى أن الولاية كانت للواقف أولا ثم لمن استمدها منه بالشرط أو بالإيصاء، ثم للقاضي لا فرق في ذلك بين الوقف الخيري والأهلي.

الفترة الثانية: وهي ما بعد صدور قانون الوقف إلى إلغاء الوقف الأهلي.

سلك قانون الوقف في علاج مسألة الولاية مسلكاً فيه كثير من الحزم، لأن أكثر الأضرار والشكايات كانت من هذه الناحية. فتراه أبقى ما تعلق بولاية الواقف في حياته على ما كان عليه لم يتعرض له بشيء من التغيير، وإنما عرض

---

(١) وأما مذهب محمد الذي شرط في تمام الوقف تسليمه إلى متولي يقوم بشئونه فليست الولاية على الوقف حقا للواقف بالشرع بل تثبت له بالشرط، فما لم يشرطها لنفسه لا تثبت له، ومن يتولى شئون الوقف ليس وكيلا عن الواقف كما يرى أبو يوسف، إنما هو وكيل عن الموقوف عليهم لأن الولاية على الوقف حق للمستحقين.

للولاية بعد انتقالها إلى غير الواقف فجعل للمحكمة الحق في تعيين من شرط الواقف له النظر، وإن لم يوجد ففي الوقف الأهلي جعل التولية للمستحقين لا يولي غيرهم إلا إذا لم يوجد منهم من يصلح لذلك على تفصيل بينته المواد ٤٦ ، ٤٨ ، ٤٩ .نحن في غنى عن ذكره بعد إلغائه.

وفي الوقف الخيري جعل للمحكمة أن تعين من شرط له الواقف النظر، فإن لم يوجد من يستحقها بالشرط وجب عليها أن تعين من يصلح للنظر من ذرية الواقف وأقاربه، فإن لم يوجد من هؤلاء من يصلح لذلك عينت وزارة الأوقاف إلا إذا كان غير مسلم ووقف على جهة بر غير إسلامية فإن النظر يكون لمن تعينه المحكمة.

وهذا ما صرحت به المادة ٤٧ ونصها.

إذا كان الوقف على جهة بر كان النظر عليه لمن شرط له، ثم لمن يصلح له من ذرية الواقف وأقاربه ثم لوزارة الأوقاف، هذا ما لم يكن الواقف غير مسلم وكان مصرف الوقف جهة غير إسلامية فإن النظر عليه يكون لمن تعينه المحكمة مع ملاحظة أن هذا الترتيب في الصلاحية».

فهذه المادة جعلت النظارة على الأوقاف الخيرية بعد الواقف على مراتب ثلاث. الأولى من ثبت له الحق بشرط الواقف. والثانية من يصلح لها من ذريته وأقاربه، والثالثة وزارة الأوقاف بطريق المحكمة.

ومن هنا يكون التغيير في مواضع.

الأول: جعل النظارة لمن يصلح من ذرية الواقف وأقاربه إلزامياً بعد أن كان أولوياً فقط.

الثاني: إدخال وزارة الأوقاف في سلسلة النظار بعد أن لم يكن كما هذا

الحق وإن كان جعلها في المرتبة الثالثة ولم يستثن إلا وقف غير المسلم **على جهة** بر غير إسلامية.

الثالث: أن الترتيب بين هذه الطبقات ترتيب صلاحية لا ترتيب موت كما كان من قبل، على معنى إنه إذا وجد من شرط الواقف له النظارة لكنه لا يصلح اعتبر كأن لم يكن، وعينت المحكمة من يصلح من ذرية الواقف، وإذا لم يوجد الصالح منهم عينت وزارة الأوقاف، فالعبرة بالصلاحية لا بالوجود.

ولقد كان العمل قبل القانون على أن حق النظارة إذا ثبت لشخص لا يسقط إلا بموته حتى ولو زالت صلاحيته، وفي هذه الحالة يعين القاضي ناظراً بدله يقوم بتولي شئون الوقف إلى أن تعود الصلاحية لصاحب الحق أو بموت.

والحكمة في تغير النظارة مع ترتيبها على هذا الوجه أن الوقف الخيري جعل لتصرف غلته على جهات البر العام التي لا يقتصر النفع فيها على أشخاص بذواتهم. فهو من هذه الناحية يشبه الأموال المخصصة للمنافع العامة.

فإذا كان الواقف قد شرط النظارة لشخص بعينه يكون قد وثق فيه واطمأن إلى حسن تصرفه فيتبع شرطه لأن فيه تحقيقاً لأغراضه.

فإن لم يكن له شرط في النظر، أو كان من شرطه له غير أهل للنظارة تولت المحكمة - بما لها من الولاية العامة - تولية من يقوم بشئون الوقف غير مهدرة جانب الواقف، بل تلاحظه ما أمكن فتعين من ذريته وأقاربه من تجد فيه صلاحية لذلك، لأن في هذه التولية إبقاء لاسم الواقف وإحياء لذكره، ولأن الذرية والأقارب الصالحين هم أحرص الناس على مصلحة الوقف وتنفيذ أغراض الواقف.

فإذا لم يوجد أحد هؤلاء أسندت نظارتها إلى وزارة الأوقاف، لأن مهمة هذه الوزارة هي الإشراف على مصالح الخير العامة. كالمساجد والملاجىء

والمستشفيات والمبرات، وإعانة الفقراء والمعوذين، فهي تتفق في مهمتها مع ما قصد من الأوقاف الخيرية. لأن هذه الأوقاف لا تحقق الغرض المقصود منها إلا إذا استغلت استغلالاً حسناً. والوزارة بما لديها من وسائل الاستغلال الحديثة تستطيع ذلك. وليس لها كوزارة أطماع في تلك الأموال.

ومن هنا لم يجعل لها النظر فيما إذا كانت الأوقاف على جهة خيرية خاصة كالفقراء من ذرية الواقف أو قرابته، أو المضيفة التي تعد في القرى، أو في بيوت الواقفين، أو على المقابر. لأن إعطاء النظر للوزارة على هذه الأوقاف تكثير للنفقات، وتقليل للفائدة مع ما فيه من إحراج ظاهر للأسر، وكذلك لم يجعل لها النظارة على أوقاف غير المسلمين على جهات غير إسلامية. كأوقافهم على جهاتهم الدينية كالكنائس والمعابد، أو الجهات الخاصة بهم التي تحمل طابعاً طائفياً. كمدرسة لتعليم أبناء طائفة منهم أو مستشفى أنشىء لعلاجهم أو ملجأ لإيواء العجزة والمحتاجين منهم، لأن وزارة الأوقاف أنشئت لترعى جهات البر الإسلامية وتشرف عليها دون غيرها.

وليلاحظ أن هذه الجهات تعتبر جهات بر غير إسلامية إذا كان إنشاؤها في الأصل معتبراً فيه المعنى الطائفي حتى ولو انتفع بها بعض المسلمين[1] أما أوقافهم على المدارس العامة أو المستشفيات والملاجىء العامة فإن النظر فيها يكون لوزارة الأوقاف لأنها ليست جهات خاصة.

---

(١) جاء في المذكرة التفسيرية بياناً لهذا حيث تقول: «لا محل لجعل النظر على أوقاف غير المسلمين الخيرية لوزارة الأوقاف إذا كانت تلك الأوقاف على جهاتهم الدينية أو على جهات خاصة بغير المسلمين. أما إذا وقف غير المسلم على جهة خيرية عامة لم يلاحظ فيها المعنى الطائفي كالوقف على المستشفيات والملاجىء العامة أو على المدارس العامة فمن المصلحة أن يكون النظر عليه لوزارة الأوقاف».

هذا هو مجمل التعديل الذي أتى به قانون الوقف الصادر في سنة ١٩٤٦ لإصلاح نظام الولاية على الوقف والقضاء على فوضى النظار وظلمهم، ولكي يعم نفعه امتد أثره إلى الأوقاف السابقة فطبق عليها.

الفترة الثالثة:

وتبدأ من ١٤ سبتمبر سنة ١٩٥٢ وهو التاريخ الذي صدر فيه المرسوم بقانون رقم ١٨٠، ومن هذا التاريخ أصبحت أحكام النظر السابقة معمولاً بها في الأوقاف الخيرية فقط، ومعطلة بالنسبة للأوقاف الأهلية، واستمر العمل على ذلك حتى صدر القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ في مايو بشأن النظر على الأوقاف الخيرية، وتعديل مصارفها على جهات البر.

فبين أحكام النظر في مادتيه الثانية والثالثة ونصها كالآتي:

مادة ٢ ـ إذا كان الوقف على جهة بركان النظر عليه بحكم هذا القانون لوزارة الأوقاف ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه أو لمعين بالاسم. فإذا كان الوقف ضئيل القيمة أو الريع أو كان على جهة بر خاصة كدار الضيافة أو لفقراء الأسرة جاز لوزارةالأوقاف أن تنزل عن النظر لأحد أفراد أسرة الواقف، ولا ينفذ النزول إلا بتولية الناظر الجديد.

مادة ٣ ـ ومع ذلك إذا كان الواقف غير مسلم والمصرف على جهة إسلامية كان النظر لمن تعينه المحكمة الشرعية ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه أو لمعين بالاسم.

وفي ١٢ نوفمبر سنة ١٩٥٣ صدر القانون رقم ٥٤٧ بتعديل المادتين السابقتين فألغى منهما من شرط له الواقف النظر باسمه، وبهذا أصبح النظر على الأوقاف حقاً مقرراً لوزارة الأوقاف بحكم القانون ما لم يشترطه الواقف لنفسه، ولا يخرج عن هذا إلا وقف غير المسلم على جهة بر غير إسلامية فإن النظر

يكون للواقف إذا شرطه لنفسه فإن لم يشرطه لنفسه كان النظر لمن تعينه المحكمة.

ثم إن لها أن تتنازل عن حقها في بعض الأوقاف وهي التي يكون المصرف فيها جهة بر خاصة كالوقف على فقرا الأسرة أو مقابرها، أو دار الضيافة مثلاً أو يكون نفس الوقف تافه القيمة أو محدود الريع.

أما مبررات هذا التغيير فتتلخص فيما يلي:

إن التشريع القائم في الوقف كان يجعل الحق المطلق في النظر على الوقف للواقف،لأن الأوقاف في الماضي كانت تنشأ في أغلب الأحيان أهلية على الواقف وذريته، ثم على جهات البر.

وبعد إلغاء الوقف الأهلي أصبحت الأوقاف كلها خيرية متحدة المصرف وهو جهات البر ،فيجب أن يتحد النظر عليها ليحسن توجيهها للنفع، وليتفادى التنافس على النظر أو تضييع مصالحه فيمايشجر من خلاف بين النظار، أو شغور الوقف عند موت الناظر أو عزله. وجعل النظر للوزارة ليس فيه حجر على حرية الواقفين ولا غصب لحقهم في الولاية، لأن الواقف حين وقفه قد يرى ان وزارة الأوقاف أقدر منه على إدارة الوقف وحسن تصريف شئونه، على أن القانون بعد تعديله جعل الحق للواقف في النظر إذا شرطه لنفسه،ويبقى له هذا الحق ما دام أهلاًللولاية،فإذا ما فقد أهليته أو أساء التصرف أو ارتكب خيانة أخرج من النظر بالطريق القانوني وحلت محله وزارة الأوقاف بغير حاجة إقامة أو تعيين، بل بحكم ولايتها الأصلية التي يسبغها عليها القانون.

وأما تجويز النزول عن النظر في الأوقاف الخاصة لفرد من أفراد الأسرة فلأجل تحاشي الحرج الذي قد يلحق الأسر من تدخل الوزارة في شئونها الخاصة.

وأما الأوقاف التافهة القيمة أو المحدودة الدخل فلأن المصلحة في تنازل الوزارة عنها لعدم التناسب بين ما تتكبده الوزارة من تكاليف في سبيل إدارته وبين تفاهة الوقف أو ضآلة ريعه، ويجب على الوزارة في هذه الحالة أن ترفع الأمر للمحكمة، وعلى المحكمة أن تقرر ذلك التنازل إذا رأت فيه المصلحة.

تنبيه:

يوجد في بعض صور الوصية صورة تشبه الوقف وهي الوصية بمنفعة المال لجهة من جهات البر، وهذا المال الموصي بمنفعته يحتاج إلى من يقوم بشئونه. فهل يدخل هذا النوع من الوصايا تحت القانون السابق، ويكون النظر عليه وتنفيذه لوزارة الأوقاف أم تبقى هذه الوصايا كما كانت خاضعة لما يقرره الفقهاء ويتولى القاضي إقامة ناظر لتنفيذها؟.

والجواب عن هذا التساؤل: أن القانون السابق لا يعطي وزارة الأوقاف هذا الحق، لأن الأصل الذي كان معمولاً به قبل صدور قانوني الوقف والوصية هو مراعاة شروط الواقفين والموصين عملاً بالراجح من مذهب الحنفية، ثم جاء قانون الوقف محدداً لعمل تلك الشروط ومنظماً لهذا الأمر. إلى أن جاء القانون الأخير بشأن النظر على الأوقاف ولم يعرض للوصيةفتبقى كما كانت، ولو أراد واضع هذا القانون شموله للوصايا لنص عليها لكنه اقتصر على بيان النظارة المتعلقة بالوقف فيقتصر تطبيقه على ما جاء بخصوصه، ولأن الوصية تختلف في بعض أحكامها عن الأوقاف فلا يشملها التشريع الوارد فيه إلا بالنص عليها.

ومما يؤيد ذلك: أن السبب في إصدار هذا القانون هو ما وقع قبله من إشكالات بسبب النظارة على الأوقاف. فجاء لجمع ما وقف على الخير في اليد التي تدير المؤسسات الخيرية كالمساجد والمستشفيات وغيرها، ولقد جاء القانون

رقـم ٢٧٢ لسنـة ١٩٥٩ بتنظيم وزارة الأوقـاف ولائحـة إجـراءاتها فبين بالتفصيل الأوقاف التي تديرها وزارة الأوقاف فتقول مادته الأولى تتولى وزارة الأوقاف إدارة الأوقاف الآتية:

« أولاً » الأوقاف الخيرية ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه:

فإذا كانت جهة البر جمعية أو هيئة جاز لوزارة الأوقاف أن توكل هذه الجمعية أو الهيئة في الإدارة.

وإذا كان الوقف ضئيل القيمة أو الريع أو كان على جهة بر خاصة كدار الضيافة أو لفقراء الأسرة جاز لوزارة الأوقاف أن توكل أحد أفراد أسرة الواقف، كما يجوز أن يكون من غير أفراد الأسرة إذا اقتضت مصلحة الوقف ذلك

« ثانياً » الأوقاف التي لا يعرف مستحقوها ولا جهة الاستحقاق فيها حتى تحدد صفتها.

« ثالثاً » الأوقاف الخيرية التي يشترط فيها النظر لوزير الأوقاف إذا كان واقفوها غير مسلمين.

« رابعاً » الأوقاف التي انتهت بحكم القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ المشار إليه ولا زالت في حراسة الوزارة وذلك إلى أن يتسلمها أصحابها:

« خامساً » الأوقاف التي حول القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٥٨ الصادر في الإقليم الجنوبي لوزارة الأوقاف إدارتها.

ومادته الثانية تقرر تشكيل لجنة بالوزارة تسمى لجنة شئون الأوقاف، تؤلف من وزير الأقاف ووكيلها، ومفتي الأقليم الجنوبي، ووكلاء وزارات الخزانة والأشغال والشئون الاجتماعية والعمل والزراعة والإصلاح الزراعي والشئون

البلدية والقروية والصناعة، ومستشار إدارة الفتوى والتشريع المختصة بمجلس الدولة، واثنين من رؤساء المحاكم الابتدائية أو من في درجتهما يعينهما وزير العدل، ومدير عام بلدية القاهرة.

وتبين المادة الثالثة اختصاصات تلك اللجنة فتقول:

تختص لجنة شئون الأوقاف وحدها بالمسائل الآتية:

« أولاً » طلبات البدل والاستبدال في الوقف وتقدير وفرز حصة الخيرات والاستدانة على الوقف وتأجير أعيانه لمدة تزيد على ثلاث سنين وتأجيرها بايجار إسمي والبت في هذه الطلبات جميعها بغير الرجوع إلى المحكمة.

« ثانياً » إنهاء الأحكار.

« ثالثاً » تغيير مصارف الأوقاف الخيرية وشروط إدارتها.

« رابعاً » الموافقة على عزل ناظر الوقف.

« خامساً » المسائل الأخرى التي يرى الوزير عرضها عليها لأخذ رأيها فيها. وللجنة أن تستعين عند الاقتضاء بمن تشاء من أهل الخبرة.

وبعد: فقد وضح من بحث الولاية على الوقف والتصرف في غلته بعد إلغاء الأوقاف على غير جهات البر أن الأمر فيما بقي من الأوقاف، وما يجد منها في المستقبل آل إلى وزارة الأوقاف حيث لم يستثن إلا نظارة الواقف. وهي طبعاً تكون في حياته، كما آل الأمر إلى لجنة شئون الأوقاف في تصريف غلتها فلها حق التغيير في المصرف حتى في حياة الواقف:

وهذا التوحيد في جهة الولاية مع إطلاق الحرية لها في التغيير في المصارف واختيار الأوفق للمصلحة العامة حسن وجميل. لأنه قضي على استغلال النظار لأموال الأوقاف وإهمالهم في إدارتها، كما أنه أنهى الحالات الشاذة التي كانت في مصارف الأوقاف.

فأي عقل يسوغ الصرف على الكلاب والقطط في سخاء مع وجود آلاف من الأناسي يتضورون جوعاً ؟!

وأي منطق يجيز صرف الأموال الطائلة في شراء الورود وسعف النخيل لتوضع على قبور الواقفين، بل في شراء الرمال الصفراء، والحمراء لتفرش حول القبور وتزين بها طرقاتها بينما المرضى من الأحياء يأكل المرض أجسامهم وينقض بنيانهم ؟!

وأي شرع يبيح الإتفاق على القبور وتزيينها بكل أنواع الزينة بينما الأحياء سكان الدنيا يتكدسون طبقات فوق طبقات في مساكن ليس فيها شيء من الحياة ؟!

ولكن أفلا يكون هذا مانعاً للناس في مستقبل الأيام من الإقـدام على وقـف أموالهم، وإن فعلوا فإنما يكون مقادير تافهة لا تغني غناء في هذا الباب لأن الشخص بعدما منع من الوقف على ذريته، وقيل له يجب أن يكون وقفك متمحضاً لجهات البر، ولا يجوز لك أن تولي على وقفك أحداً من بعدك، بل ستتولاه وزارة الأوقاف وتنفقه على جهة أخرى غير الجهة التي عينت الانفاق عليها إن ظهر لها أن غيرها أولى منها؟

أظن أنه بعد ذلك كله سيتردد طويلاً بين الإقدام والإحجام وربما فصل الإحجام آخر الأمر وحينئذ نكون قد وصلنا في نظام الأوقاف إلى آخر المرحلة.

ولعل الخطوة التي خطتها وزارة الأوقاف في استجابتها لشكوى الشاكين وإصدارها القانون[1] الذي يبيح للمالك أن يقف كل ماله على جهات البر

---

(١) وهو القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٦٠ وتنص مادته الأولى على أنه « يجوز للمالك أن يقف كل ماله على الخيرات وله أن يشترط لنفسه الانتفاع بالريع كله أو بعضه مدى حياته - وإذا كان=

ويشترط لنفسه الانتفاع بالريع كله أو بعضه مدى حياته تكون بداية طيبة لخطوات أخرى تتبعها تدعم بها نظام الوقف وتحبب الناس فيه بدلاً من القضاء على البقية الباقية منه وهو الوقف الخيري الذي يطالب بعض[1] رجال القانون بالغائه ليلحق بزميله الأهلي.

= له وقت وفاته ورثة من ذريته وزوجه أو أزواجه أو والديه بطل الوقف فيما زاد على الثلث، تكون العبرة بقيمة ثلث مال الواقف عند موته ويدخل في تقدير ماله الأوقاف الخيرية التي صدرت منه قبل العمل بهذا القانون وبعده إلا إذا كانت أوقافاً ليس له حق الرجوع فيها،

ويكون تقدير مال الواقف من اختصاص لجنة شئون الأوقاف المنصوص عليها في القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩ المشار إليه وبناء على طلب ورثته، ويكون قرارها في ذلك نهائياً فإذا قام نزاع بشأن صفة الوارث واستحقاقه كان لكل ذي شأن أن يلجأ إلى القضاء للفصل في النزاع:

(١) يقول الدكتور حسن كيرة في كتابه المدخل ص ٤٨٨ وما بعدها «وقد كان للفقه الاسلامي نصيب كبير في التمكين لنظام الوقف لما يحمله من معنى التصدق المندوب إليه ديانة، ولكن تطور الأوضاع الاقتصادية في العصر الحديث كشف عن جود هذا النظام بعرقلته تداول الأموال واستغلالها على النحو المثمر المفيد مما انعكس معه القصد فتضاءلت ثمراته على نحو جعل نصيب الفقراء والمستحقين فيه تافهاً عديم الجدوى، من أجل ذلك خطا المشرع المصري خطوة موفقة في هذا الصدد حين قضى بإلغاء الوقف الأهلي بالمرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢، فلم يعد جائزاً إلا الوقف الذي يكون مصرفه في الحال خالصاً لجهة من جهات البر»

ولعل في وجود نظام المؤسسات اليوم في القانون المصري ما يغري باستكمال تلك الخطوة والاستغناء به عن الوقف الخيري. ا هـ المقصود منه.

ونحن نقول: إن نظام الوقف المشروع في الإسلام لم يرد به حبس المال عن التداول لمجرد الحبس، وإنما أريد به فتح باب من أبواب البر والتعاون لا يوصل إلى غايته إلا عن طريق الحبس.

وإن رسول الله حين قال قولته المشهورة مخاطباً بها عمر «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بثمرتها» لم يكن يشرع لجيل، ولا لعصر معين.

وإن عمر حين يمتثل فيغرس أول شجرة في هذه الدوحة الطيبة لتكون دائمة الثمرات يأكل منها الأجيال القادمة «فتصدق بها عمر على ألا تباع ولا توهب ولا تورث في الفقراء وذوي القربى وللضيف وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول». =

عمارة الوقف

عمارة الوقف من أهم الأمور التي يعني بها متولي الوقف، لأن الوقف إذا لم يعمر تخرب شيئاً فشيئاً فينتهي الانتفاع به ويفوت غرض الواقف، لذلك كانت المحاكم قبل صدور قانون الوقف تسير على أن عمارة الوقف مقدمة على الصرف إلى المستحقين سواء نص الواقف على ذلك أو صرح بالعكس أو سكت ولم ينص على شيء.

ولكن الحوادث دلت على أن كثيراً من النظار اتخذوا من تقديم العمارة سلاحاً يرهبون به المستحقين لإكراههم على المصادقة على حساب الوقف، ومنهم من أكل أموال الأوقاف تحت ستار العمارة خصوصا إذا كانت الأوقاف قديمة البناء، وقد يكون في المستحقين كثير من المحتاجين الذين لا يجدون من المال ما يساعدهم على رفع الأمر للقضاء...

فعلاجاً لهذه الحالة ومحافظة على نفس الوقف وحقوق المستحقين اقتضى الأمر سلوك طريق آخر في عمارته. هي أن يكون للوقف مال مدخر لما يطرأ من العمارة في المستقبل قد تعجز عنه الغلة الحاضرة، وهذا ما عالج به قانون

= وإن الموسرين الذين وقفوا أموالهم لو ساروا بأوقافهم في طريقها المشروع وعهدوا بها إلى من يخاف الله ويرعى الأمانات لما لحق الناس منها أذى ولا أضرار: ولكنهم انحرفوا بها عن طريقها السوي، وساروا في طرق ملتوية فأعطوا وحرموا حسب أهوائهم، ثم وكلوا بها أناساً لاخلاق لهم فأثروا حراماً على حسابها، ومنعوا الحقوق عن أصحابها فكان ما كان...

ثم ماذا ننقم من الأوقاف ونظامها، أننقم منها أنها خلفت لنا الأموال الطائلة التي نبني بها العمائر في كل يوم، وننشىء بها المشروعات في كل حين؟؟

وأي نظام هذا الذي يغنينا عن الوقف؟

إن كان يتفق مع مبادىء الإسلام وقواعده فالإسلام يقره، بل ويأمر به ويحض عليه «افعلوا الخير لعلكم تفلحون».

وإن كان يخالفه ويناقض مبادئه فتلك أوقافنا نعمل بها ونعما هي!.

الوقف تلك المسألة في المادتين ٥٤، ٥٥.

وهذا العلاج الذي رسمه يختلف بالنسبة للوقف الذي له ريع والوقف الذي لا ريع له.

فإن لم يكن للوقف ريع أصلاً ولم يكن هناك سبيل إلى استغلاله بأي طريق جاز للمحكمة أن تبيع جزءاً منه ليقام بثمنه بناء على الجزء الباقي ليستغل أو ينتفع به الانتفاع المشروط للمستحق متى رأت المحكمة المصلحة في ذلك بدون رجوع بثمن ما بيع من العين في غلة الوقف، وجواز بيع جزء من الوقف لعمارة الباقي مأخوذ من ظاهر مذهب الحنابلة.

وإذا كان للوقف ريع وجب على ناظره أن يحتجز ٢,٥٪ من ريع الوقف إذا كان مباني ويودعه في خزانة المحكمة لينفق منه على عمارته، وليس له بعد إيداعه أن يصرفه أو جزءاً منه إلا بقرار المحكمة لتتمكن من الإشراف عليه وليكون المستحقون على بينة من ذلك، ولقد أباح القانون استغلال هذا المال لحين وقت الحاجة إليه لكن لا بد من قرار المحكمة.

أما إذا كانت الأعيان الموقوفة أرضاً زراعية فلا يحجز الناظر شيئاً من الريع لعدم حاجتها إلى العمارة في كل عام. فإذا احتاجت الأرض إلى إصلاح أو كان للواقف شرط بحجز جزء من ريعها ليعمر به مبان موقوفة فإن الناظر يرفع الأمر إلى المحكمة لتقرر ما ترى حجزه بعد المعاينة وتقرير الخبراء الفنيين، وإذا كان الناظر يتولى بنفسه زراعة الأرض الموقوفة فإن ما تحتاج إليه الأرض في زراعتها من ثمن بذور وأجر عمال وغير ذلك لا يرجع الناظر فيه إلى المحكمة لتقديره، بل يتبع النصوص الفقهية فيها.

ومما تجب ملاحظته هنا أن حجز الـ ٢,٥٪ من ريع المباني، وحجز ما تقرره المحكمة من ريع الأراضي الزراعية يكون بالنسبة للعمارة المهمة، وهي عمارة ما

تخرب من الوقف كبناء بيت تهدم، أو إصلاح أرض زراعة فسدت تربتها مثلاً .

وهناك نواع آخر من العمارة يسمى بالعمارة الوقتية ، وهي التي يقصد منها الصيانة والمحافظة على أعيان الوقف ، وكذلك إنشاء ما يزيد في غلة الوقف بناء عن شرط الواقف فإنه يجوز للناظر أن ينفق عليها في كل مقدار خمس الريع رضي المستحقون بذلك أو لم يرضوا ، فإذا احتاجت هذه العمارة لأكثر من خمس الغلة ورضي المستحقون بذلك أنفق من الريع ما يكفي العمارة بدون رجوع إلى المحكمة ، وإن عارض المستحقون في هذا عرض الناظر الأمر على المحكمة لتقرر ما تراه بعد سماع أقوال المستحقين - سواء بحجز ما يكفي للعمارة من الريع دفعة واحدة ولو كان كل الريع ، أو بالعمارة تدريجاً ، أو بالانفاق من الاحتياطي المجتمع من حجز الـ ٢,٥٪ ، وترك الأمر للمحكمة في التصرف على هذا الوجه مأخوذ من مذهب المالكية ، والمراد من المستحقين ما يعم المستحق في الوقف الأهلي ،والمستحق في الوقف الخيري وإن كان جهة من الجهات . . .

وينبغي أن يعلم أن هذه الأحكام كما تطبق على الأوقاف الصادرة بعد العمل بالقانون تطبق على الأوقاف الصادرة قبله لأن المادة - ٥٦ - التي تنص على أن أحكام هذا القانون تطبق على الأوقاف السابقة لم تستثن هاتين المادتين .

الباب الرابع

في انتهاء الوقف وفيه فصلان:

الفصل الأول
في انتهاء الوقف على الخيرات

الوقف قبل صدور قانونه ما كان يصح إلا مؤبداً . لا فرق بين الأهلي منه والخيري مسجداً كان أو غير مسجد . وعلى هذا لم يكن هنا وقف ينتهي من نفسه، ولا وقف يقبل الإنهاء إلا ما روي عن محمد بن الحسن من الحنفية من أن الوقف إذا تخرب أو تعزر الانتفاع به فإنه ينتهي وقفه ويعود إلى ملك واقفه إن كان موجوداً أو ورثته إذا وجد له ورثة . فإن لم يعلم له وارث بيع وصرف ثمنه إلى وقف آخر.

ولكن قانون الوقف سن أحكاماً كثيرة مخالفة لذلك، فأجاز الرجوع للواقف في حياته، وتوقيت الوقف الخيري فيما عدا المسجد وما وقف عليه، وجواز صرف مال البدل إلى المستحقين إذا كان ضئيلاً ولم يحتج إليه في عمارة الوقف كما سبق بيانه، كما اتخذ أحكاماً للوقف المتخرب الذي لا سبيل الى عمارته والاستبدال به، وأخرى للوقف الذي قل ريعه بالنسبة للموقوف عليهم.

كل ذلك جعل للوقف حالات ينتهي فيها بنفسه من غير حاجة إلى قرار من المحكمة، وأخرى ينتهي فيها بقرار المحكمة، وهذه الحالات مشتركة بين الوقف الخيري والأهلي، وسنقصر الكلام على توضيحها في الوقف الخيري، ثم

نتبع ذلك ببيان ما أتى به المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ من أحكام أيلولة ملك الأوقاف المنحلة وكيفية إثباته وغيرها .

صور انتهاء الوقف الخيري:

ينتهي الوقف الخيري في صور منها .

١ ـ انتهاء المدة المعينة في الوقف . إذا وقف قطعة أرض لينفق من غلتها على مبرة مدة عشرة سنوات، فان الوقف ينتهي بانتهاء السنوات العشر .

٢ ـ إذا انقرضت الجهة الموقوف عليها ، كما إذا وقف داره ليسكن فيها من لا مسكن له من أهل بلده، ثم أصبح كل واحد يملك سكناً خاصاً ، فان الوقف حينئذ ينتهي، وكما إذا وقف أرضاً معينة لينفق منها على مدرسة في بلد ثم استغنى عن هذه المدرسة وأغلقت (المادة ١٦)[1] وفي هاتين الحالتين ينتهي الوقف في ذاته من غير حاجة إلى قرار من المحكمة ـ لأن الحق الثابت للموقوف عليه انتهى بانتهاء الزمن المحدد لهذا الحق أو بانتهاء نفس الجهة فيعود الوقف ملكاً للوقف إذا كان حياً أو لورثته الموجودين وقت وفاته إن كانوا موجودين، وإن لم يكن له ورثة عند موته أو كانوا وانقرضوا ولم يكن لهم ورثة كان للخزانة العامة « بيت المال » لأنه وارث من لا وارث له، وهذا مأخوذ من مذهب أبي حنيفة الذي يرى أن الوقف لا يخرج عن ملك الواقف ويورث عنه بعد وفاته،

---

(١) ونصها : ينتهي الوقف المؤقت بانتها المدة المعينة أو انقراض الموقوف عليهم، وكذلك ينتهي في كل حصة منه بانقراض أهلها قبل انتهاء المدة المعينة أو قبل انقراض الطبقة التي ينتهي الوقف بانقراضها . وذلك ما لم يدل كتاب الموقف على عود هذه الحصة إلى باقي الموقوف عليهم أو بعضهم . فان الوقف في هذه الحالة لا ينتهي إلا بانقراض هذا الباقي أو بانتهاء المدة» .

أو من مذهب المالكية المصرح ببقاء الملك للواقف وتوقيت الوقف.

٣ ـ إذا تخربت أعيان الوقف كلها أو بعضها وأصبحت لا ريع لها، ولم يكن في الإمكان تعميرها ولا الاستبدال بها ولا الانتفاع بها بطريق يفيد الموقوف عليهم من غير إضرار بهم وهذا الحكم مأخوذ مما نقل عن الإمام محمد بن الحسن[1].

٤ ـ إذا كان عامراً ولكن قل نصيب إحدى الجهات الموقوف عليها بحيث أصبح تافهاً لا غناء فيه فإن الوقف ينتهي في نصيب تلك الجهة، وكذلك لو قل كل الأنصباء فان الوقف كله ينتهي. وهذا مأخوذ في جملته من مذهب الإمام مالك.

وفي هاتين الحالتين لا ينتهي الوقف إلا بقرار من المحكمة المختصة، ولهذا يسمى إنهاء الوقف، وإنما احتيج فيهما إلى قرار المحكمة ولم يحتج إليه في الصورتين الأولى والثانية، لأن الانتهاء في الأوليين بناء على أمر عادي وهو انتهاء المدة أو انقراض الجهة، وهذا لا يحتاج إلى تقدير المحكمة، وأما في الأخيرتين فان الانتهاء بناء على أمر تقديري يحتاج إلى تقدير من يملك التصرف فالحكم على الوقف بأنه متخرب لا يمكن الانتفاع به الخ، وكذلك ضآلة النصيب والحكم بأنه لا يفيد محتاج إلى تقدير خاص لاختلافه باختلاف الأوقاف، ولذلك لم يقدر القانون مقدار النصيب الضئيل، بل تركه إلى تقدير المحكمة

---

(١) والإمام مالك يمنع من بيع العقار الموقوف حتى ولو تخرب وكذلك منع من بيع أنقاضه مستنداً في هذا المنع إلى بقاء أحباس السلف من الصحابة وغيرهم من غير تصرف فيها، وسداً لذريعة الفساد لئلا يتخذ جواز بيع المتخرب طريقاً إلى بيع الأوقاف بدعوى الخراب ولقد استثنى فقهاء المالكية من ذلك بيعه لتوسيع مسجد الجمعه والطريق والمقبرة لأن نفعها أعم من نفع الوقف: وأما المنقول فيجوز بيعه إذا قلت منفعته أو انعدمت. راجع شرح رسالة ابن أبي زيد جـ ٣ ص ٤٤.

لأنه أمر نسبي يختلف باختلاف الجهات والأشخاص.

ثم إن الملك للمال الموقوف في هاتين الحالتين يعود إلى الواقف إن كان حياً وإلا فيعود إلى جميع المستحقين في الوقف حين انتهائه بلا فرق بين صنف وصنف،لأن حق المستحقين لا زال متعلقاً بالعين الموقوفة فلا يصح إضاعة حقهم بخلاف الانتهاء في الصورتين السابقتين فإن حق الموقوف عليهم انقطع فيعود إلى الورثة إن لم يكن الواقف حياً، وحكم هاتين الصورتين جاء في المادة ١٨[1]

---

(١) ونصها «إذا تخربت أعيان الوقف كلها أو بعضها، ولم تمكن عمارة المتخرب أو الاستبدال به على وجه يكفل للمستحقين نصيباً في الغلة غير ضئيل ولا يضرهم بسبب حرمانهم من الغلة وقتاً طويلاً انتهى الوقف فيه كما ينتهي الوقف في نصيب أي مستحق يصبح ما يأخذه من الغلة ضئيلاً، ويكون الانتهاء بقرار من المحكمة بناء على طلب ذوي الشأن ويصير ما انتهى فيه الوقف ملكاً للواقف إن كان حياً وإلا فلمستحقيه وقت الحكم بانتهائه».

الفصل الثاني

في إنها الوقف على غير الخيرات في ظل التشريعات القائمة وفيه مباحث

تمهيد: عرفنا فيما تقدم أن الوقف الأهلي مشروع من أول الأمر مع الوقف الخيري، ولكن الناس انحرفوا عن طريقه المشروع وسلكوا به طريقاً آخر فنتج عنه أضرار وظلامات تبعتها أنات وشكايات. افترق من أجلها رجال التشريع وأهل الرأي فيه إلى فرقتين.

فرقة تؤيده وتسانده وتعمل على الإبقاء، وأخرى تعارضه وتناهضه وتسعى للقضاء عليه والتخلص منه.

ولقد رجحت كفة الفرقة الأولى حين وضع قانون الوقف فأبقت عليه محاولة تخليصه من العيوب، ثم ما لبث الزمن أن استدار بوجهه للفرقة الثانية فانتصر لها آخر الأمر فرجحت كفتها حينما صدر المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ في ١٤ سبتمبر بمنع من إنشاء الوقف الأهلي في المستقبل، وينهي ما كان موجوداً منه، ثم صفى تركته فملكها للمستحقين فيه إن لم يكن الواقف حياً، فمادته الأولى تنص على أنه «لا يجوز الوقف على غير الخيرات».

والثانية تقرر مصير الأوقاف السابقة على هذا التاريخ. فاعتبرت كل وقف ليس مصرفه في الحال خالصاً لجهة من جهات البر منتهياً، سواء أكان مصرفه خالصاً لغير جهات البر أم مشتركاً بين المستحقين من غير جهات البر وبين

الخيرات أو المرتبات لجهات البر ، ولم يستثن منه إلا حصة شائعة تكفي غلتها الوفاء بالخيرات أو المرتبات الخيرية[1] الدائمة المعينة المقدار أو القابلة للتعيين ثم احالت هذه المادة تقدير هذه الحصة وإفرازها على إحكام المادة ٤١[2] من قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ،وليكون المراد بهذه المادة واضحاً ينبغي أن نبين الفرق بين المرتبات والخيرات. الدائمة منها وغير الدائمة.

المبحث الأول

في الفرق بين المرتبات والخيرات:

إن المرتبات: هي المقادير[3] التي تصرف في مواعيد دورية بانتظام ككل يوم أو شهر أو سنة إذا كانت معينة المقدار تعييناً حقيقياً أو حكمياً.

فالتعيين الحقيقي. كما إذا شرط في وقفه أن يصرف من ريعه كل سنة مقدار مائة جنيه لمسجد البلدة.

والحكمي: كما إذا شرط أن يصرف من ريع الوقف لهذا المسجد كل عام

---

(١) كانت المادة الثانية مطلقة في المرتبات « فإذا كان الواقف قد شرط في وقفه لجهة خيرات أومرتبات دائمة الخ فعدلت بالمرسوم بقانون رقم ٢٤٢ لسنة ١٩٥٢ فصارت هكذا « فإذا كان الواقف قد شرط في وقفه لجهة بر خيرات أو مرتبات دائمة الخ فأصبح المراد بالمرتبات المرتبات الخيرية فقط:

(٢) ونصها « إذا شرط الواقف في وقفه خيرات أو مرتبات دائمة معينة المقدار أو في حكم المعينة وطلب القسمة فرزت المحكمة حصة تضمن غلتها ما لأرباب هذه المرتبات بعد تقديرها طبقاً للمواد - ٣٦ ، ٣٧ ، ٣٨ ، على أساس متوسط غلة الوقف في خمس السنوات الأخيرة العادية وتكون لهم غلة هذه الحصة مهما طرأ عليها من زيادة أو نقص».

(٣) وليس بلازم أن يكون المال المصروف من النقود بل قد يكون من غيرها كالخبز واللحم والحب والثمار كما لا يلزم أن يكون من الأموال المثلية بل قد يكون المرتب من المال القيمي كما إذا اشترط الواقف أن يضحي كل عام من اغنام الوقف بعدد معين من أسنان معينة.

ما يكفي موظفيه، أو فرشه. فإنه وإن لم يحدد المقدار إلا انه يمكن تحديده بالمعتاد فيعتبر كأنه محدد حكماً.

فإذا اجتمع في المقدار المطلوب صرفه التعيين بالمعنى السابق، وتكرار الصرف بانتظام كان مرتباً سواء كان مصروفاً لشخص أو لجهة خيرية كانت أو غيرها، وسواء صرف لجهة واحدة، أو لجهات متعددة بالتناوب، كما إذا عين مبلغاً من ريع الوقف يصرف للمسجد عاماً ، وللملجأ عاماً آخر، وللمبرة عاماً ثالثاً وهكذا .

والمرتبات قد تكون دائمة إذا لم تحدد لها مدة معينة في الوقف المؤبد أو حدد لها مدة تساوي مدة الوقف في المؤقت، فالعبرة في الدوام بدوام الوقف، فاذا وقف أرضاً على ملجأ لينفق منها عليه مدة عشرين عاماً، ثم جعل من ريعها مقداراً معيناً لينفق منه على جمعية خيرية مدة الوقف كان مرتباً دائماً وإن كان محدد المدة «لأن العبرة في الدوام بدوام الوقف».

وقد تكون غير دائمة إذا كانت غير ذلك بأن حدد لها أي مدة في الوقف المؤبد، أو مدة أقل من مدة الوقف المؤقت.

وأما الخيرات فهي المقدار المشترط صرفه لجهة خيرية معيناً كان ذلك المقدار أولا، شرط صرفه بانتظام أولا، كما إذا شرط في وقفه أن يصرف مبلغ ألف جنيه إسهاماً منه في إنشاء مسجد معين، أو صرف مبلغ من المال كل شهر على فقراء بلده. وهي أيضاً تكون دائمة وغير دائمة:

---

(١) فالمرتبات والخيرات قد يجتمعان فيما إذا كان المقدار معيناً حقيقياً أو حكمياً مصروفاً لجهة خيرية بانتظام. وتنفرد الخيرات في المقدار المصروف لجهة خيرية ولم تتوافر فيه عناصر المرتب. وتنفرد المرتبات في المقدار المعين الذي شرط صرفه بانتظام لجهة غير خيرية فالنسبة بينهما - كما يقول المناطقة - العموم والخصوص الوجهي بمعنى أنهما يجتمعان في مادة وينفرد كل منهما في مادة.

وعلى هذا تكون الأوقاف التي تناولها الإلغاء ثلاثة أنواع .

١ ـ أوقاف خالصة لغير جهات البر ليس فيها خيرات ولا مرتبات لجهة من جهات البر لا دائمة ولا غير دائمة ، وهذا النوع يعتبر منتهياً بصدور القانون .

٢ ـ أوقاف ليست خاصة بجهات البر ، بل فيها خيرات أو مرتبات لجهة من جهات البر غير دائمة ، كما إذا شرط الواقف أن يصرف مبلغ معين لمستشفى معين حتى تضمه وزارة الصحة ، أو شرط أن يسهم في بناء مسجد معين عند انشائه بمبلغ معين .

وهذا النوع من الأوقاف يعتبر منتهياً بحكم القانون أيضاً : ولا يفرز منها حصة شائعة لهذه المرتبات أو الخيرات ، بل يلتزم كل واحد من المستحقين في الوقف بعد تقسيمه عليهم أن يؤدي حصة من هذه المرتبات أو الخيرات بما يتناسب مع حصته من الوقف ، وعلى المحكمة التي تقوم بقسمة الوقف بين المستحقين أن تبين في قرار التقسيم ما يجب على كل مستحق أن يؤديه ، وفي أي وقف يؤديه ولمن يؤديه .

ومثلها في ذلك الخيرات الدائمة التي لم يعين مقدارها ، كما إذا شرط الواقف أن يتصدق على الفقراء كل شهر بمبلغ من المال من غير أن يحدد مقداره .

٣ ـ أوقاف ليست خاصة بل فيها مرتبات خيرية دائمة معينة المقدار أو قابلة للتعيين كما بينا . وهذا النوع الذي يستبقى منه الحصة الشائعة التي تكفي غلتها للوفاء بهذه المرتبات أو الخيرات .

المبحث الثاني

في كيفيةتقدير حصة المرتبات والخيرات من الوقف:

أما كيفية تقدير هذه الحصة تؤخذ من المواد ٣٦ و ٣٧ و ٣٨ و ٤١ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ كما صرحت المادة ٤١ من هذا القانون.

ويتلخص في أن ريع الوقف إذا كان معلوم المقدار عند إنشائه يكون تقدير حصة المرتبات أو الخيرات على أساس نسبة ما للمرتبات إلى ما للموقوف عليهم فاذا كان ريع الوقف حين صدوره مثلاً ٨٠٠ جنيه. ومقدار المرتبات ٢٠٠ جنيه كانت النسبة بين ما للمرتبات وبين ما للموقوف عليهم هي ١ :٤ وكأن الواقف وقف ربع وقفه على المرتبات فيخصص للمرتبات حصة من الوقف تضمن غلتها ربع الريع لأصحاب المرتبات والخيرات الدائمة.

وإذا لم يكن ريع الوقف معلوم المقدار عند إنشائه يكون تقدير حصة المرتبات على أساس نسبة ما للمرتبات إلى متوسط ريع الوقف في السنوات الخمس الأخيرة العادية أي التي ليس في واحدة منها ظروف استثنائية تقتضي ارتفاع الريع أو انخفاضه.

فلو فرضنا أن ذلك المتوسط ٨٠٠ جنيه، وقدر المرتبات ٢٠٠ جنيه كانت نسبة ما للمرتبات إلى متوسط الريع ١ :٤، وحينئذ يضم ما للمرتبات إلى المتوسط فيكون المجموع ١٠٠٠ جنيه، ونصيب المرتبات منه الخمس، فيفرز من الوقف حصة للمرتبات تغل مقدار خمس الريع.

وتقدير هذه النسبة مأخوذ من المادة ٣٦ من قانون الوقف. ونصها:

« إذا جعل الواقف غلة وقفه لبعض الموقوف عليهم، وشرط لغيرهم مرتبات فيها قسمت الغلة بالمحاصة بين الموقوف عليهم. وذوي المرتبات بالنسبة

بين المرتبات وباقي الغلة وقته إن علمت الغلة وقته . وإن لم تعلم وقت الوقف قسمت الغلة بين أصحاب المرتبات والموقوف عليهم على اعتبار أن للموقوف عليهم كل الغلة ، ولأصحاب المرتبات بقدر مرتباتهم على ألا تزيد المرتبات في الحالتين على ما شرطه الواقف » .

فأنت ترى أن نسبة المرتبات تختلف بين ما إذا كانت الغلة معلومة المقدار وقت الوقف وبين ما إذا لم تكن معلومة .

والسبب في هذا الاختلاف ـ على ما يظهر لي ـ أن الواقف لما جعل لأصحاب المرتبات مقداراً معيناً والغلة معلومة فكأنه أشرك أصحاب المرتبات مع الموقوف عليهم الآخرين في مقدار هذه الغلة ، وفي الحالة الثانية عند عدم تعيين مقدار الغلة يكون الواقف قد جعل الغلة كلها للموقوف عليهم الآخرين ، ثم جعل المقدار المعين لأرباب المرتبات فكأنه زائد على الأصل .

وعلى هذا يضم مقدار المرتبات إلى متوسط الغلة ، ويعتبر كأنه هو الريع المراد تقسيمه .

ومما ينبغي ملاحظته هنا أن تقدير غلة الوقف الذي لم تكن غلته معلومة عند إنشائه على أساس المتوسط في السنوات الخمس الأخيرة يكون في غير الأرض الزراعية الموقوفة .

أما إذا كان الوقف ارضاً زراعية لا يعلم مقدار ريعها وقت وقفها كان تقدير ريعها على أساس[1] القيمة الإيجارية طبقاً لما جاء بالمادة ٣٣ من المرسوم

---

(١) يؤخذ ذلك من المرسوم بقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ وفيه « ويتبع في تقدير هذه الحصة وإفرازها أحكام المادة ـ ٤١ ـ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ فأحكام الوقف إلا بالنسبة إلى غلة الأطيان الزراعية فتكون غلتها هي القيمة الإيجارية حسبما هي مقدرة بالمرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالإصلاح الزراعي .

بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالإصلاح الزراعي المصرحة بأنه «لا يجوز أن تزيد أجرة الأرض الزراعية على سبعة أمثال الضريبة الأصلية المربوط عليها».

فإذا لم تكن الأرض قد ربطت عليها ضريبة لبوارها، أو ربطت عليها ضريبة مخفضة قبل العمل بهذا القانون بثلاث سنوات على الأقل قدرت القيمة الإيجارية على الوجه المبين بالقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩ الخاص بضريبة الأطيان كما جاء ذلك صريحاً بالمادة ٥ من الإصلاح الزراعى[١].

المبحث الثالث

فيما يؤول اليه الوقف المنتهي:

تكفلت المادتان الثالثة والرابعة من المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ببيان ما يؤول إليه الوقف بعد انتهائه.

والذي يؤخذ منها ومن المذكرة التفسيرية. أن المال الموقوف بعد انتهاء الوقف يؤول إلى ملكية الواقف في بعض الصور، وإلى ملكية المستحقين في بعضها الآخر.

فإذا كان الواقف حياً وقت صدور هذا القانون آلت الملكية إليه في الأوقاف التي أنشأها بعد صدور قانون الوقف، وكذلك في الأوقاف السابقة عليه بشرط أن يكون له حق الرجوع فيها.

---

(١) ولقد كانت هذه التفرقة بين الأراضي الزراعية الموقوفة وغيرها في تقدير غلة الوقف أمراً طبيعياً بعد ما سوى قانون الإصلاح الزراعي بين الأراضي الزراعية الموقوفة وغيرها إذا استولت عليها الحكومة فإنها تدفع عنها تعويضاً يعادل عشرة امثال القيمة الإيجارية لهذه الأراضي مضافاً إليها قيمة المنشآت والآلات الثابتة والأشجار

وقد سبق تفصيل الحالات التي لا يجوز له الرجوع فيها ، ويثبت الملك له سواء جعل الاستحقاق في الوقف أولا لنفسه أو جعله ابتداء لغيره.

فإذا لم يكن الواقف حياً أو كان حياً وليس له حق الرجوع آل الملك إلى المستحقين كل بمقدار حصته في الاستحقاق لا فرق بين أن يكون المستحق من ذرية الواقف أو أجنبياً عنه.

والمراد بالمستحقين جميع الموقوف عليهم الموجودين عند انتهاء الوقف إذا كان الوقف غير مرتب الطبقات، كأن يكون الواقف وقف ماله على أولاده وإخوته وأولادهم ولم يرتب بينهم في الاستحقاق، بل جعل لكل منهم نصيباً مقدراً أو سهماً معيناً ، ففي هذه الحالة يؤول الملك إلى الموجودين منهم وإن كانوا خليطاً من الأولاد وأولاد الأولاد والإخوة وأولاد الإخوة.

وأما إذا كان الوقف مرتب الطبقات ترتيباً جماعياً - كأن يكون وقف على أولاده، ثم من بعدهم على أولاد أولاده، ثم من بعدهم على ذريتهم طبقة بعد طبقة، فإن الملك في هذه الحالة يؤول إلى أفراد الطبقة المستحقة الموجودين وقت الانتهاء وذرية من مات منهم قبل ذلك كل واحد بمقدار حصته بالنسبة للمستحقين أو بمقدار حصة أصله بالنسبة الى ورثة من مات من المستحقين.

ولقد جعل للواقف حق الانتفاع بالوقف المنحل طول حياته في صورة أيلولة الملك إلى المستحقين.

مبررات هذا التشريع:

أما جعل الملك للواقف فلأنه كان مالكاً للمال الموقوف ملكاً ناقصاً لتعلق حق الموقوف عليهم به ، فإذا زال الحق عاد الملك إلى تمامه كما كان قبل وقفه حيث لا ضرر في هذا يعود على غيره.

وأما جعله للمستحقين في الصور التي لا يملك الواقف فيها حق الرجوع في

الوقف، فلأن استحقاقهم في الوقف لم يكن بطريق التبرع من الواقف، بل هو عوض عن حقهم أو مالهم الذي دفعوه، ولأنه كان ممنوعاً من الرجوع في وقفه محافظة على حقوق هؤلاء، وليس من المعقول أن يحافظ على حقهم حال قيام الوقف ثم يهدر هذا الحق بعد إلغائه.

وكان مقتضى ثبوت ملك عين المال للموقوف عليهم أن يكون لهم حق الانتفاع به من وقت ثبوت الملك، ولكن القانون جعل للواقف حق الانتفاع مدة حياته، لأن الوقف كان منسوباً إليه فلا نقطع صلته به مرة واحدة، ولأن الغالب أن يكون العوض المدفوع من جانب المستحقين في هذه الحالة غير مكافىء لقيمة المال الموقوف.

وأما جعله لذرية من مات من المستحقين حصة من الملك بمقدار ما كان يستحقه أصلهم من الريع فيما إذا كان الوقف مرتب الطبقات، فلأن هذه الذرية كانت ممنوعة من الاستحقاق الفعلي مؤقتاً بسبب وجود أفراد من طبقة أصلهم حيث إن قضية الترتيب تقتضي ذلك فحرمانهم من الريع كان حرماناً مؤقتاً، فإذا لم يأخذوا نصيب أصلهم عند توزيع الملك كان حرمانهم حرماناً مؤبداً لأن الملك ينتقل من المستحفين الحاليين إلى ورثتهم، وهذا كما ترى لا يتفق وغرض الواقف عند وقفه.

مال البدل والمحجوز من الريع لحساب عمارة الوقف:

والقانون في مادته الخامسة[1] جعل الأحكام السابقة تطبق على مال البدل المودع في الخزائن، والأموال التي كانت محجوزة لحساب الوقف كما تطبق على

---

(١) ونصها «تسري القواعد المنصوص عليها في المواد السابقة على أموال البدل المودعة خزائن المحاكم وعلى ما يكون محتجزاً من صافي ريع الوقف لأغراض العمارة أو الإصلاح»

أعيان الوقف، لأن مال البدل كالأعيـان الموقوفة وما احتجز للعمارة يعتبر من متممات الوقف فيأخذ أحكامه:

المبحث الرابع

في كيفية تعيين حصص المستحقين في الملك الجديد:

هذه مسألة تابعة لمقدار/حصصهم في غلة الوقف فيتبع فيها شرط الواقف فإذا كان قد عين لكل واحد نصيباً أخذ كل مستحق ما يقابل ذلك من أعيان الوقف، سواء أكان تعيينه بالقدر كغلة عشرة أفدنة أم بالسهم كخمس الريع مثلاً، ففي الصورة الأولى يأخذ الواحد عشرة أفدنة، وفي الثانية يأخذ خمس أعيان الوقف. وإذا لم يكن عين الأنصباء على هذا الوجه، بل قال تصرف الغلة عليهم حسب الفريضة الشرعية فتقسم بينهم أعيان الوقف كما يقسم الميراث.

هذا إذا لم يكن في الوقف مرتبات لبعض الموقوف عليهم، فإن كان فيه مرتبات كما إذا وقف ماله على أولاده وأولادِ أولاده، وجعل لكل واحد من إخوته أو أولاد إخوته مرتباً معيناً يصرف له في كل شهر أو في كل سنة فان كانت دائمة استحق أصحابها حصة من أعيان الوقف بنسبة ما لهم من مرتبات ويتبع في تعيينها الطريقة التي شرحناها في كيفية تعيين حصة المرتبات الخيرية الدائمة. وخلاصتها:

إن غلة الوقف إن كانت معلومـة المقـدار حين الوقـف جعـل لأصحـاب المرتبات جزءاً من أعيان الوقف بنسبة مقدار مرتباتهم إلى غلة الوقف فلو كانت غلة الوقف حين إنشائه ٥٠٠ جنيه ومقدار المرتبات ١٠٠ جنيه تكون نسبة المرتبات ١/٥ أي ١ :٥ فيعطي لأصحابها خمس الأعيان الموقوفة يوزع عليهم بالتساوي إن كانت مرتباتهم متساوية. أو بالحصص على قدر المرتبات إن لم تكن متساوية.

فإن لم تكن معلومة فإن تقديرها يكون بأخذ متوسط الغلة في السنوات الخمس الأخيرة العادية . ثم يضم إليه مقدار المرتبات، ويفرض كأنه كل الريع ثم تنسب المرتبات إلى هذا المجموع ويعطي لهم جزء من الأعيان يعادل هذه النسبة .

فمثلاً إذا كان متوسط الغلة ٦٠٠ جنيه ومقدار المرتبات ١٠٠ جنيه فإن المجموع يساوي ٧٠٠ جنيه وتكون نسبة المرتبات ١/٧ ويعطي لأصحابه سبع الأعيان الموقوفة يوزع بينهم حسبما لهم من مرتبات .

هذا إذا لم تكن الأعيان الموقوفة أرضاً زراعية، أما إذا كانت أرضاً زراعية فلا يؤخذ المتوسط، بل ينظر إلى السنة الأخيرة حين انتهاءالوقف ويقدر غلتها حسب القيمة الإيجارية . وهي سبعة أمثال الضريبة ثم تضم إليه المرتبات ويكون المجموع هو مقدار الغلة .

فإذا كان الوقف عشرة أفدنة وضريبة الفدان ٤ جنيهات في السنة كانت الغلة ٢٨٠ جنيهاً، فإذا كانت المرتبات ٧٠ جنيهاً اعتبر الغلة ٢٨٠ + ٧٠ = ٣٥٠ جنيهاً يكون لأصحاب المرتبات خمسها فيأخذون خمس أعيان الوقف وهو فدانان .

أما إذا كانت المرتبات غير دائمة . كما إذا جعل لشخص مرتباً يصرف له طول حياته أو مدة تعليمه مثلاً ـ فقد انقسم الرأي فيها إلى رأيين:

أولهما: يعتبرها كالمرتبات الدائمة فيكون لأصحابها حصة من الوقف يملكونها بمقدار هذا المرتبات .

وثانيهما: يعتبرها كالدين توزع على المستحقين الآخرين كما هو متبع مع أصحاب المرتبات الخيرية غير الدائمة فلا يفرز لأصحابها نصيب من الأعيان الموقوفة .

ومنشأ هذا الخلاف وجود التعارض بين ظواهر النصوص من قانون الوقف وقانون إلغائه:

فالمادتان ـ ٤١، ٤٢ من قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ تدلان على التفرقة بين المرتب الدائم من حيث إنه يفرز لصاحب المرتب الدائم حصة من الوقف يستغلها لحسابه كصاحب السهم أو النصيب المعين، ولا يفرز لصاحب المرتب غير الدائم إذا طلب ذلك ويكون مرتبه ديناً يوزع على المستحقين بعد قسمة الوقف عليهم كل على حسب نصيبه في الوقف، وهذا يفيد عدم ثبوت. الملكية لأصحاب المرتبات غير الدائمة...

المادة الثالثة من المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ تقضي بأن ملكية الوقف المنتهي تؤول إلى المستحقين كل بقدر حصته في الاستحقاق إذا لم يكن الواقف حياً، وهذا يفيد ثبوت الملك لأصحاب المرتبات غير الدائمة لأنهم مستحقون بلا نزاع، والمادة لم تفرق بين مستحق ومستحق، بل جعلت الملكية تؤول إلى المستحقين، ولم تبق من الوقف إلا حصة موقوفة بمقدار المرتبات الخيرية الدائمة.. ومن هنا اختلفت المحاكم في تطبيق هذا الحكم..

فبعض المحاكم[1] نظرت إلى قانون الإلغاء، وأخذت المادة على عمومها وذهبت إلى أن المرتب غير الدائم في الوقف كالمرتب الدائم في أن صاحب كل منهما يعتبر مستحقاً في الوقف بمقدار مرتبه، ثم أوضحت أن التفرقة بينهما التي كان يقتضيها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ أصبحت لا محل لها بعد صدور المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢:

(١) المحكمة العليا الشرعية في مادة استئناف موضوعه فرز نصيب من أعيان الوقف تغل ما يعادل المرتب غير الدائم: الواقف مسيحي جعل لزوجته مرتباً قدره ٢٥٠ جنيها شهرياً مدة حياتها إذا لم تتزوج غيره ـ مجلة المحاماة الشرعية السنة الرابعة والعشرون ص ٣٤٠ وما بعدها..

لأن علة التفرقة هي الضرر الذي ينتظر أن يلحق بالمستحقين إذا فرزت المحكمة لأرباب المرتبات غير الدائمة حصة تفي غلتها بما شرط لهم، فإنه بعد انتهاء المرتب تعاد قسمة الموقوف كله بين المستحقين بعد إضافة ما فرز لأرباب المرتبات، وفيه مشقة إعادة القسمة، أو بقسم ما فرز مع بقاء القسمة االقديمة، وفيه ضرر تجزئة الأنصباء، فيكون لكل مستحق نصيب مفرز أولا ونصيب آخر في جهة أخرى عند التقسيم الثاني.

هذه العلة قد زالت، لأن التقسيم الذي كان يقتضيه القانون رقم ٤٨ وارد على عين موقوفة، وعليه يترتب الضرر، وأما التقسيم في القانون رقم ١٨٠ فوارد على عين مملوكة فهو كأي مال مملوك ملكاً شائعاً، ولن يعاد فيه تقسيم آخر حتى يجيء الضرر.

وبعض المحاكم[1] نظرت إلى قانون الوقف الأول فذهبت إلى أن هذه المرتبات لا يفرز لأصحابها نصيب من أعيان الوقف المنتهي يملكونها، بل تعتبر مرتباتهم دينا يوزع على الأنصباء بعد تقسيم الوقف على المستحقين.

والذي يترجح في نظري هو الرأي الثاني مع ما جاء في قانون الألغاء ومذكرته الإيضاحية من الإطلاق في لفظ المستحقين[2] لأن هذا القانون أحال على التشريع الخاص بأحكام الوقف فيما يتعلق بتقدير وإفراز الحصة التي تبقى وقفاً، وفيما يتعلق بأسس تعيين نصيب المستحق أيا كانت صورة الاستحقاق

---

(١) محكمة مصر الابتدائية الشرعية: وللمفتي الأسبق فتوى توافق رأي هذه المحكمة، وكذلك الرأي القانوني لهيئة الاصلاح الزراعي الذي أصدرته اللجنة القانونية برياسة وكيل مجلس الدولة يوافق هذا الرأي. وقد كان بخصوص مرتبات عتيقات الملك فؤاد. وكلاهما منشور في مجلة المحاماة الشرعية في السنة الخامسة والعشرين ص ٤١٩ وما بعدها.

(١) ففي المذكرة الإيضاحية ـ ويقصد بالمستحق في هذا الشأن كل من شرط له الواقف نصيباً في الغلة أو سهماً أو مرتباً.

فيكون غير مستقل بذاته في هذا الموضع، فيرجع إلى قانون الوقف لتوضيح ما أبهم فيه.

ولا يلزم من زوال ضرر القسمة الناتج عن فرز نصيب لأصحاب المرتبات غير الدائمة جوازه الآن حتى يصبحوا ملاكاً في الوقف المنتهي. لوجود مانع آخر وهو أنه لو ملكناهم ما يعادل مرتباتهم من أعيان الوقف لانتقل ذلك بعد وفاتهم إلى ورثتهم، وهؤلاء لم يكن لهم نصيب في غلة الوقف، والواقف لم يقصد إعطاءهم بخلاف صاحب المرتب الدائم فان ورثته لهم حق في غلة الوقف، ولولا وجود المانع من إعطائهم لأخذوه، فهم أصحاب حق ممنوعون مؤقتاً.

وعلى هذا يكون الفرق بين النوعين لا يزال قائماً، ولا يبرر التسوية بينهما ما في لفظ المستحقين من إطلاق.

وإذا تعينت حصص المستحقين وجب تسليمها إليهم بمجرد طلبهم أو طلب أي واحد منهم ولا يكلف الطالب للتسليم باثبات استحقاقه من جديد، بل اعتبر القانون صفة المستحق السابقة ونصيبه في الاستحقاق حجة على ناظر الوقف عند طلبه التسليم، كما جعل ناظر الحصة الموقوفة على الخيرات ـ إن وجدت ـ شريكاً للمستحقين في تسليم العين.

وإلى أن يتم تسليم الأنصباء لمستحقيها تبقى تحت يد الناظر لحفظها وإدارتها وتكون له صفة الحارس كما صرحت بذلك المادة الثانية[1] من القانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢.

---

(١) ونصها «تضاف إلى المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ المشار اليها الفقرات الآتية «وتسلم هذه الأموال وكذلك الأعيان التي كانت موقوفة إلى مستحقيها بناء على طلب أي منهم وتكون صفة المستحق السابقة ونصيبه في الاستحقاق حجة على ناظر الوقف عند مطالبته بالتسليم وإن كان في العين حصة موقوفة للخيرات اشترك ناظر الوقف مع=

المبحث الخامس

في قسمة الأعيان التي انتهى فيها الوقف وتسليمها إلى أصحابها

لما كانت أغلبية الأعيان التي انتهى وقفها محتاجة إلى القسمة وفرز الأنصباء لاشتراكها بين أشخاص عديدين ،وهي عملية تتطلب إجراءات قضائية تتكلف أموالاً كثيراً يعجز عنها الكثير من المستحقين. الأمر الذي ترتب عليه بقاء تلك الأعيان تحت أيدي الحراس عليها والمتولين إدارتها وعدم وصولها إلى مستحقيها عالجت وزارة الأوقاف هذه المشكلة باستصدار القانون رقم ٨ لسنة ١٩٥٨ » وهو يقضي بقسمة تلك الأعيان بطريقة تجنب المستحقين إجراءات التقاضي المعتادة وما يتفرع عنها من منازعات وخصومات تعرض حقوقهم للخطر.

فنص على أن تتولى إجراءات القسمة لجان إدارية يصدر بتشكيلها قرار من وزير الأوقاف تقوم بعملية القسمة وباجراء البيع عند عدم إمكان القسمة أو ترتب ضرر عليها، كما نص على أن تقوم الوزارة بشهر القرارات الصادرة بالقسمة،

وترجع على كل مستحق بما يخصه من رسوم الشهر، وجعل لها في نظير ذلك كله رسماً قدره ٣٪ من قيمة الأعيان المقسومة أو المبيعة.

فأنشأ لجاناً لفحص الطلبات ومراجعة المستندات، ولجاناً أخرى للقسمة أو

= باقي الملاك في تسليم العين وإلى أن يتم تسليم هذه الأعيان تبقى تحت يد الناظر لحفظها ولإدارتها وتكون له صفة الحارس.

البيع عند عدم إمكانها ، وثالثة للفصل في الاعتراضات على قرارات القسمة .

ولكن تيسير الاجراءات الذي قصده المشرع ينقل هذا الحق من اختصاص المحاكم إلى تلك اللجان الإدارية لم يتحقق لأنه تبين عند التطبيق أن تعدد اللجان من جهة ، وطول إجراءاتها مع تعدد مواعيدها من جهة أخرى كان لها أثر كبير في بطء الاجراءات وتعقدها ، حيث إن اللجنة الأولى تتولى فحص الطلبات ومراجعة المستندات ، ثم تعد بياناً بأعيان الوقف والمستحقين وحصة كل منهم وينشر ذلك البيان في الجريدة الرسمية ، فإذا تضرر شخص من هذا البيان كان له حق الاعتراض في ظرف ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغ البيانات إلى المستحقين ويرفع اعتراضه إلى نفس اللجنة ، فإذا رفضته كان له أن يرفع طلبه إلى المحكمة المختصة ،وعندما تنتهي اللجنة الأولى من عملها بفحص الطلبات والاعتراضات التي ترفع إليها تحيل الموضوع إلى لجنة القسمة لتقوم بدورها من عملية القسمة أو البيع وتقسم الثمن إذا تعذر التقسيم .

ثم يأتي بعد ذلك دور اللجنة الثالثة « لجنة الاعتراضات » التي تقوم بفحص الاعتراضات التي ترفع إليها من الخصوم على قرارات لجنة القسمة .

فهذه الكثرة من اللجان لا داعي لها ما دام الغرض تبسيط الإجراءات واختصارها،كما أن إباحة رفع الاعتراضات على أعمال اللجنة الأولى إلى نفس اللجنة أمر غير سائغ لاحتمال أن تكون اللجنة قد سبق لها سماع أقوال المعترض وأبدت رأيها فيها قبل إعداد البيان المعترض عليه .

من أجل ذلك رؤي اصدار تشريع آخر يبسط تلك الإجراءات ، وينجز عملية القسمة أو البيع في أقل مدة ممكنة . فصدر القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ الذي اختصر اللجان إلى نوعين .

نوع يختص بفحص الطلبات وباجراءات القسمة أو البيع ليتوافق مع إجراءات المحاكم حيث تختص المحكمة الجزئية بالعملتين معاً، ونوع يختص بفحص الاعتراضات على الأحكام التي تصدرها لجنة القسمة.
فقرر أن تشكيل اللجان يكون بقرارات من وزير الأوقاف.

لجنة القسمة واختصاصاتها

تؤلف هذه اللجنة من مستشار مساعد بمجلس الدولة رئيساً يندبه رئيس مجلس الدولة، ومن قاض يندبه وزير العدل، واثنين من موظفي وزارة الأوقاف أحدهما من إدارة الشئون القانونية، وخبير من إدارة الخبراء بوزارة العدل على أن لا تقل درجة الأعضاء الآخرين عن الرابعة، كما صرحت بذلك المادة الثانية من ذلك القانون.

ثم عرض للطريقة التي يقدم بها الطلب إلى هذه اللجنة بعد تشكيلها. وأنه يكون شاملاً لاسم الوقف، والأعيان المطلوب قسمتها، واسم الحارس على الوقف أو من يتولى إدارة أعيانه وأسماء الشركاء ومحلات إقامتهم، ومقدار حصة طالب القسمة، ويرفق بالطلب الأوراق المؤيدة له.

فإذا تم ذلك أمر رئيس اللجنة بتحديد جلسة لنظر هذا الطلب في ميعاد لا يجاوز أسبوعين من تاريخ تقديمه، وبإرسال صورة من الطلب وتاريخ الجلسة إلى الحارس والشركاء بخطاب موصي عليه بعلم الوصول، وبالنسبة للخصوم الذين لا يعلم محل إقامتهم يكتفي في شأنهم بإعلان يصدر في إحدى الصحف اليومية قبل الجلسة، ويذكر فيه اسم الوقف والجلسة التي تحددت لنظر الطلب كما جاء مفصلاً بالمادة الثالثة. ثم عرض القانون بعد ذلك لبيان اختصاصات هذه اللجنة.

فجعل لها حق فحص الطلبات أولاً والتحقق من جديتها، فإذا ما تأكدت من ذلك كلفت الحارس على الوقف أو من يتولى إدارة أعيانه أن يقدم جميع الإشهادات الصادرة بالوقف المتضمنة الزيادة فيه والاستبدال منه، والأحكام الصادرة في شأنه، وبياناً بأعيان الوقف ومقرها والمنازعات القائمة فيه وبمستحقي الوقف، ومحل إقامة كل منهم، وتصيبه وقت صدور قانون حل الأوقاف وهو ١٤ سبتمبر سنة ١٩٥٢.

كما جعل من اختصاصها حق الفصل في جميع المنازعات التي هي من اختصاص المحاكم في هذا الشأن.

فان قامت أمامها منازعة جديدة حول صفة طالب القسمة كمستحق في الوقف أمرت برفض طلبه، على أن يكون له الحق بعد هذا الرفض - في تجديده مرة أرى إذا تقدم بالأوراق الكافية لتأييد حقه ما دامت القسمة لم تحصل، أو يرفع دعوى بحقه أمام المحكمة المختصة.

وإن كانت المنازعة حول مقدار استحقاق طالب القسمة فلها أن تمضي في إجراءات القسمة أو البيع، وتقدر حصة الطالب على أساس ما تراه ظاهراً من الأوراق.

وكذلك إذا كان النزاع يدور حول حصة غير الطالب من المستحقين وللمتضرر أن يرفع دعوى بحقه إلى المحكمة. جاء ذلك مفصلاً بالمادة الرابعة.

وهذه اللجنة تباشر عملها بعد إعلان ذوي الشأن بخطابات موصي عليه بعلم الوصول، أو بطريق النشر في الصحف اليومية وتعول في عملها بالنسبة لصفة المستحقين ومقدار أنصبائهم على ما جرى عليه عمل وزارة الأوقاف أو الحراس أو المديرين فيما تحت يدهم من أعيان.

وتتبع في إجراءات القسمة ما نص عليه القانون، وقانون المرافعات المدنية

والتجارية والأحكام المقررة في قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ مع عدم الاخلال بما نص عليه هذا القانون.

ولها أن تنذب من تراه لتقويم ا لمال الشائع وقسمته حصصاً ما لم يتفق الخصوم على خبير معين. فاذا كانت الأعيان موضوع الطلب كلها أو بعضها غير قابلة للقسمة أو يترتب على قسمتها ضرر كان للجنة أن تبيعها بالمزاد العلني حسبما يقرره وزير الأوقاف، وتوزع الثمن على المستحقين على مقدار أنصبائهم فاذا انتهت من تقويم المال وقسمته وكان بين الشركاء غائب أو عديم الأهلية أحالت الأوراق إلى لجنة الاعتراضات للتصديق على ما تم من إجراءات.

وقد يحدث أن الحارس أو من يتولى إدارة الأعيان موضع الطلب يتأخر في تقديرم المستندات والبيانات المطلوبة في الموعد الذي حددته اللجنة أو يقدم بيانات غير صحيحة، ففي هذه الحالة يكون لها الحق في أن تحكم عليه بغرامة لا تزيد على مائة جنيه، أو تحكم بإقالته وتعيين حارس مؤقت ليتولى إدارة الأعيان حتى تتم إجراءات القسمة نهائياً، ويكون حكمها نافذاً فوراً، وتنفيذ الغرامة بالطريق الإداري مع عدم الإخلال بأية عقوبة أخرى تقررها القوانين جاءت هذه الأحكام مفصلة في المواد من ٥ إلى ٩.

لجنة الاعتراضات

قرر القانون أن لجنة الاعتراضات تشكل بقرار من وزير الأوقاف من مستشار بمحكمة استئناف القاهرة بندبه وزير العدل تكون له الرئاسة، ومستشار مساعد من مجلس الدولة يندبه رئيس المجلس، وخبير من وزارة العدل، واثنين من موظفي وزارة الأوقاف، على ألا تقل درجتهم جميعاً عن الدرجة الأولى. وتختص بالنظر فيما يقدمه أصحاب الشأن من أوجه الاعتراض على الحكم الصادر من لجنة القسمة سواء كان متعلقاً بتقدير أنصبة المستحقين،

أو بتقويم أعيان الوقف أو غير ذلك كما تختص بالتصديق على الإجراءات إذا كان بين الشركاء غائب أو عديم الأهلية، ولا يجوز رفع الاعتراض إلا بعد انتهاء لجنة القسمة من عملها.

وأن هذه الاعتراضات ترفع إليها في خلال أسبوعين من تاريخ إخطارهم بالقرارات بخطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول، أو بالنشر في إحدى الصحف اليومية. كما صرحت بذلك المادتان العاشرة والحادية عشرة.

قرارات اللجان ومركزها القضائي:

ولكي يتحقق الغرض المقصود من تشكيل هذه اللجان وهو حسم النزاع بسرعة،وإيصال الحقوق إلى أصحابها اعتبر القانون القرارات النهائية التي تصدرها لجان القسمة بمثابة أحكام مقررة للقسمة بين المستحقين، وتشهر في مصلحة الشهر العقاري والتوثيق بناء على طلب وزارة الأوقاف أو أحد ذوي الشأن،وتعلن لهم طبقاً لما هو مبين في المادة٣ ،ويكون لكل من المتقاسمين أن ينفذ على نصيبه في الأعيان التي قسمت تحت يد الحراس أو المتولي أو الشركاء استيفاء لحقه.

ولا يجوز الطعن في تلك الأحكام إلا إذا كان القرار مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله أو إذا وقع بطلان في القرار أو بطلان في الإجراءات أثر في القرار.

ويرفع الطعن إلى محكمة الاستئناف بعريضة في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ اعلان القرار بخطاب موصى عليه بعلم الوصول، ولا يترتب على رفع الطعن وقف تنفيذ قرار القسمة:

ويلاحظ أن حكم محكّمة الاستئناف في ذلك يكون نهائياً لا يقبل الطعن أمام أية جهة قضائية كما نصت المادتان الثانية عشرة والثالثة عشرة.

ولقد جعل القانون لكل من له حق في موضوع القسمة ولم يختصم في إجراءاتها أن يرفع دعوى بحقه أمام المحكمة المختصة، وكذلك من لم يعلن من الخصوم أمام اللجنة بسبب عدم معرفة محل إقامته، غير أنه لا يترتب على رفع هذه الدعوى من أي منهما وقف تنفيذ حكم القسمة إلى أن يصدر حكم يخالفه من تلك المحكمة التي رفع إليها الدعوى، كما قررتها المادة الرابعة عشرة.

وبناء على هذا التعديل أوجب القانون إحالة جميع الدعاوى المنظورة أمام اللجان القديمة إلى تلك اللجان الجديدة للسير فيها وفقاً لأحكامه ما لم تكن الدعوى قد قفل فيها باب المرافعة.

لكنه أبقى حق المحاكم في نظر دعاوى القسمة المنظورة أمامها حين صدور هذا القانون إلا إذا طلب أحد الخصوم في الدعوى إحالتها إلى لجنة القسمة الجديدة بالوزارة، فإنه حينئذ يجب على المحكمة إحالة الدعوى بحالتها للسير فيها وفقاً لأحكام هذا القانون، وعلى اللجنة أن تراعي ما يكون قد صدر في تلك الدعوى من أحكام قطعية نهائية، هذا إذا لم تكن إجراءات الدعوى قد تمت أمام المحكمة وتهيأت لصدور الحكم فيها كما فصلته المادة الثامنة عشرة.

ولقد بينت المادتان السادسة عشرة والسابعة عشرة ما تستحقه وزارة الأوقاف من رسوم نظير قيامها بهذه الإجراءات وهو ٣٪ من قيمة الأعيان المقسومة أو المبيعة، وأنها تقسم على المستحقين كل بحسب حصته يكون لهذه الرسوم امتياز على نصيب كل متقاسم بقدر ما يطلب منه، وهذا الامتياز في قوة الامتياز المقرر للمصروفات القضائية المنصوص عليه في المادة ١١٣٨ من القانون المدني، وهو يمنع إتمام نقل ملكيتها قبل سدادها.

وعلى ذلك يجب على كل من يشتري عقاراً أو أي حق من الحقوق العينية موضوع القسمة، ولم يكن قد مضى على القرار النهائي بالقسمة عشر سنوات أن

يتثبت قبل التعاقد من الوفاء بالرسوم المطلوبة لوزارة الأوقاف، ويحظر على الموظفين العموميين القيام بإجراءات التوثيق أو التسجيل أو القيد فيما يتعلق بأي بيع أو تصرف موضوعه أعيان أو حقوق تمت قسمتها بمقتضى هذا القانون قبل التثبت من سداد الرسوم المستحقة للوزارة.

تسليم الأعيان التي انتهى فيها الوقف

ولقد حدث بعد إنهاء الأوقاف على غير الخيرات أنّ بقيت بعض هذه الأوقاف مشمولة بحراسة وزارة الأوقاف تتولى إدارتها نظير أخذها رسماً قدره ١٠٪ من إيراداتها، وهذه النسبة تقل كثيراً عما تتكلفه الوزارة في سبيل ذلك، وقد كانت تغطي هذه التكاليف من حساب الأوقاف الخيرية المشمولة برعاينها، وفيها كثير من الأراضي الزراعية، ولكن بعد أن استبدلت الأراضي الزراعية الموقوفة على جهات البر وسلمت إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي قل دخل الوزارة من ربع الأوقاف فأصبح لا محالة من استيفاء التكاليف كلها من ريع تلك الأعيان وهو ضار بأصحابها، لذا رؤي من المصلحة أن تتخلى وزارة الأوقاف عن إدارة هذه الأعيان وتسليمها لأصحابها ليتولوا إدارتها أو إقامة حارس عليها يتولى ذلك نيابة عنهم.

فصدر القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٦٠ وهو يقضي بتسليم الأعيان التي انتهى وقفها إلى أصحابها في خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون متى قاموا بسداد الحقوق المترتبة للوزارة على هذه الأعيان بسبب الحراسة، وذلك بعد إخطارهم بخطابات موصي عليها بعلم الوصول، فإذا مضت هذه المدة دون أن يتقدم ذووا الشأن أو وكلاؤهم لتسلمها وإيفاء الحقوق المترتبة عليها للوزارة قامت الوزارة ببيعها بالمزاد العلني وفقاً للإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير الأوقاف، وتوزع الثمن على أصحابها على قدر أنصبائهم.

وتأخذ الوزارة رسماً على عملية البيع قدره ٢٪ من ثمن الأعيان المبيعة ويخصم من الثمن دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراء.

المبحث السادس
في شهر ملكية الوقف المنتهي
وبيان وضعه القانوني قبل أن يتم شهره

أوجب القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بمادته السادسة[١] على من آلت إليه بحكم القانون ملكية عقار من الوقف المنتهي أو حصه منه أن يقوم بشهر حقه طبقاً للإجراءات والقواعد ا لمقررة في شأن شهر حق[٢] الإرث الواردة في القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقاري.

وهذه المادة في فقرتها الثانية تنص على أنه يصدر قرار من وزير العدل بالأحكام التفصيلية الخاصة بإجراءات هذا الشهر.

وبناء على ذلك أصدر وزير العدل[٣] قراراً مفصلاً للاجراءات الواجب

---

(١) ونصها «على من آلت اليه ملكية عقار أو حصة من عقار أو حق انتفاع فيه وفقاً لأحكام هذا القانون أن يقوم بشهر حقه طبقاً للاجراءات وللقواعد المقررة في شأن شهر حق الإرث في القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقاري ويصدر بالأحكام التفصيلية الخاصة باجراءات هذا الشهر قرار من وزير العدل».

(٢) وإنما سوى المشرع بين إجراءات شهر الوقف وإجراءات شهر الإرث لما بينهما من الشبه القوي. حيث إن الحق فيهما يثبت من غير أن يكون للمالك دخل فيه.

(٣) ونصه:

بعد الاطلاع على المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الصادر بالغاء نظام الوقف على غير الخيرات، وعلى القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري .وعلى ماارتآه مجلس الدولة قرر:

مادة ١- يقدم الطلب الخاص بشهر قائمة إلغاء الوقف لمأمورية أو المأموريات التي تقع في =

اتباعها في شهر إلغاء الوقف نشر بالجريدة الرسمية في ٢ أكتوبر بالعـدد ١٣٨ ـ وأصبح واجب العمل به من هذا التاريخ:

= دائرتها اختصاصاتها . ويجب أن يكون موقعا من المستحق طالب الشهر أو من يقوم مقامه أو من ذي شأن وأن يشتمل على اسم الوقف وأسماء المستحقين الذي تلقى منهم المستحق الأخير حقه في الوقف مع ذكر تاريخ وفاته وتاريخ أيلولة الاستحقاق إليه والبيانات المتعلقة بالعقار والبيانات الخاصة بالتكليف وذلك طبقاً للموضح في البندين « ثالثاً وخامساً » من المادة ٢٢ من قانون الشهر العقاري .

ويجب فوق ما تقدم أن توضح بالطلب البيانات المتعلقة برسم الأيلولة لمستحق وما دفع منه إذا كان الاستحقاق لاحقا لتاريخ العمل بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ الخاص بفرض رسم أيلولة على التركات .

مادة ٢ـ يجيب أن تقرن بالطلب الأوراق الآتية

أولاـ الاشهاد الشرعي بالوقف .

ثانياـ ما يثبت صفة من يقوم مقام الطالب إن وجد .

ثالثاـ كشوف رسمية عن عقارات الوقف مستخرجة من دفاتر التكليف وعوائد المباني :

رابعاـ شهادة من مصلحة الضرائب برسم الأيلولة المستحق وما دفع منه .

خامساًـ حكم من المحكمة بتعين الحصة الشائعة للخيرات والمرتبات بالنسبة إلى الوقف إن لم تكن معينة على وجه التحقيق .

سادساًـ مصادقة الناظر والمستحقين على نصيب كل منهم أو حكم من المحكمة المختصة بتحديد الأنصبة .

مادة ٣ـ يقدم الطالب للمالية قائمة جرد العقارات ومعها صورة الطلب المؤشر عليها بقبول إجراء الشهر . ويبين في هذه القائمة ما يستحقه الطالب من حصة شائعة طبقاً للوارد في حجة الوقف .

وتؤشر المأمورية على قائمة الجرد بما يفيد صلاحيتها للشهر وذلك بعد التحقق من اشتمالها على البيانات الموضحة بصورة الطلب المسلم للطالب .

وبعد التوقيع على القائمة من طالب الشهر أو من يقوم مقامه والتصديق على توقيعه وإيراد الرسم النسبي تقدم لمكتب الشهر المختص لإجراء شهرها وفقاً للمادتين ٣١ ، ٣٢ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ المشار إليه :

مادة ٤ ـ يعمل بهذا القرار من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية .

١٠ محرم سنة ١٣٧٢ — وزير العدل

٣٠ سبتمبر سنة ١٩٥٢ — أحمد حسني

وقد نص القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ الصادر بشأن قسمة الأعيان التي انتهى وقفها، على أنه يجوز لكل ذي شأن أو لوزارة الأوقاف أشهار طلب القسمة بعد إعلانه طبقاً لما هو مبين فيه،وطبقاً للإجراءات المقررة في شأن شهر صحيفة دعوى الملكية ويكون له نفس الآثار القانونية التي تترتب على إشهار صحيفة دعوى الملكية كما صرحت به مادته الخامسة عشرة:

أما وضعه القانوني قبل أن يتم شهره فمن المعلوم أن هذه الأعيان قبل صدور هذا القانون كانت أوقافاً يجري عليها أحكام الوقف وللنظار سلطان التصرف فيها في حدود النظارة المشروعة، فجاء القانون ووضعها في وضع آخر، فاعتبر هذا النوع من الأوقاف منتهياً، وجعل ملكية أعيانه للواقف في بعض الصور، وللمستحقين في بعضها الآخر، ولكنه شرط في ثبوتها أن يقوم من آلت إليه بشهرها العقاري، فقبل الشهر لا توجد ملكية.

وإذا كان القانون قد صرح بأنه يعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

والملكية لم تثبت بمجرد صدوره. بل توجد بعد فترة من الزمن تقصر أو تطول حسب سرعة الإجراءات أو بطئها.

فما هو الوضع القانوني لأعيان الوقف في الفترة الواقعة بين تاريخ العمل بالقانون وتاريخ تسلم المستحقين لأنصبتهم منها؟

أتكون وقفاً كما كانت وتبقى صلة النظار بها على ما كانت عليه،أم تزول عنها صفة الوقفية وتنقطع صلة النظار بها؟

يرى بعض الكاتبين في هذا الموضوع أن صفة الوقف باقية لهذه الأعيان حتى يتم شهرها ،فتزول هذه الصفة ويحل محلها صفة أخرى هي الملكية، وتبعاً لهذا تبقى للنظار صفتهم، ويكون النزاع في المال نزاعاً في وقف تطبق عليه

أحكامه، ويتبع فيه إجراءاته، وصاحب هذا الرأي يقول: أن الإلغاء الوارد في مادته الثانية إلغاء اعتباري يتوقف تمامة على ثبوت الملك للمستحقين...

وهذا الرأي غير سديد. لأنه لا يلزم من تأخير[1] ثبوت الملكية بقاء صفة الوقف. حيث أن هذه الصفة انتهت بصريح المادة الثانية. فإن التعبير «يعتبر منتهياً الخ» يدل على انتهاء كل وقف على هذه الصفة، وتأخير الملكية شيء ضروري اقتضته ضرورة اتساق هذا القانون مع قانون الشهر العقاري الذي يجعل التسجيل شرطاً لثبوت ملكية العقار.

ولقد كان المشروع الأول لهذا القانون - الذي نشر بالصحف - ينص على أن ما انتهى فيه الوقف يصبح ملكاً لمستحقيه وقت الحكم بانتهائه، ولكن القانون صدر على وضع آخر. وهو اعتباره منتهياً، وثبوت الملكية في العقار بعد الشهر.

على أن القوانين المكملة لهذا القانون أثبتت في وضوح أن صفة الناظر زالت وثبتت له صفة الحراسة على هذه الأموال، وهذه نتيجة طبيعية لزوال صفة الوقف، وإلا فما المقتضى لهذا التغيير؟

جاء في المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ المعدل لقانون الإلغاء عبارة صريحة في ذلك نصها «وإلى أن يتم تسلم هذه الأعيان

---

(١) يلاحظ أن تأخير الملكية في الوقف المنتهي إنما هي في العقار فقط، اقرأ المادة السادسة «على من آلت إليه ملكية عقار أو حصة في عقار أو حق انتفاع فيه وفقاً لأحكام هذا القانون أن يقوم بشهر حقه الخ.

والمادة ٣ - يصبح ما ينتهي فيه الوقف على الوجه المبين في المادة السابقة ملكاً للواقف الخ. ومن مجموع هاتين المادتين يكون القانون قد أنهى الأوقاف وأثبت ملكيتها للمستحقين إلا ما يحتاج ثبوت الملكية فيه إلى الشهر وهو العقار فإنه يتأخر ثبوت الملكية إلى ما بعد الشهر للتناسق بين القوانين في الدولة الواحدة.

تبقى تحت يد الناظر حارساً لحفظها ولإدارتها وتكون له صفة الحارس».

وفي المادة الرابعة من القانون رقم ٣٤٧ لسنة ١٩٥٣ بشأن النظر على الأوقاف الخيرية وتعديل مصارفها «ويعتبر الناظر حارساً على الوقف حتى يتم تسليمه».

وبهذا لا يكون للأعيان الموقوفة على غير جهات البر صفة الوقف بعد صدور قانون الإلغاء، والنزاع فيها لا يكون نزاعاً في مال موقوف، كما لا يكون لمن يتولى شئونها صفة النظارة السابقة، بل أصبح حارساً والمال في يده أمانة وليس وكيلاً عن المستحقين كما اعتبره قانون الوقف.

وهذه الأموال - إذا كانت عقاراً - كما لا توصف بـأنها مـوقـوفـة لا توصف بأنها مملوكة، ولكنها أموال أخرجت من حالة ينتظر بها للتمليك متى تمت وسائله.

ولا غرابة في هذا، فإن المال المحجوز من تركة المتوفي من أجل الجنين المنتظر لا يوصف بأنه مملوك لا لصاحبه الأول لوفاته، ولا للجنين لعدم خروجه إلى الحياة بعد.

انتهاء الأحكار:

وتبع إلغاء الوقف الأهلي إلغاء جميع الأحكار المرتبة على أرض كانت موقوفة وقفاً أهلياً، لأن هذا الحق ثبت لصاحبه على أرض موقوفة فلما زالت عنها صفة الوقف زال معها ذلك الحق فيطبق عليه أحكام القانون المدني بشأن انتهاء الحكر المقررة في المادة ١٠٠٨ وما بعدها. كما صرحت بذلك المادة السابعة من قانون الإلغاء.

والمادة (١٠٠٨) من القانون المدني تقرر في فقرتها الثالثة: أن حق الحكر

ينتهي قبل حلول الأجل إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكرة.

والمادة (١٠١٠) في فقرتها الأولى تقرر أنه عند انتهاء الحكر يكون للمحكر أن يطلب إما إزالة البناء والغراس أو استبقائها مقابل دفع أقل قيمتيها مستحقي الإزالة أو البقاء، وهذا كله إذا لم يوجد اتفاق يقضي بغيره.

هذا شأن الأحكار التي كانت مقررة على أعيان موقوفة وقفاً أهلياً.

أما الأحكار المقررة على أعيان موقوفة وقفاً خيرياً فقد صدر بشأنها القانون رقم ٦٤٩ لسنة ١٩٥٣ وتنص مادته الأولى على أنه:

« وينتهي حق المحكر المترتب على أعيان موقوفة بقرار من وزير الأوقاف بعد موافقة المجلس الأعلى للأوقاف إذا اقتضت المصلحة ذلك، وفي هذه الحالة وما لم يحصل اتفاق بين الوزارة والمحتكر على ثمن الأرض المحكرة تباع العين المحكرة وفقاً للأحكام المقررة للبيع الاختياري بقانون المرافعات.

ويختص مالك الرقبة بثلاثة أرباع ثمن الأرض، والمحتكر بباقي الثمن سواء أكانت الأرض مشغولة ببناء أو غراس أو لم تكن مشغولة بشيء من ذلك.

فإذا وقع نزاع على ثمن الأرض في الحالة التي تكون فيها الأرض مشغولة ببناء أو غراس فصلت في هذا النزاع إحدى دوائر محكمة استئناف مصر ويكون حكمها غير قابل لأي طعن».

فهذه المادة جعلت الحق في إنهاء الأحكار على الأرض الموقوفة وقفاً خيرياً لوزير الأوقاف بعد مواقفة المجلس الأعلى للأوقاف، وقد استمر الأمر كذلك إلى أن صدر القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٦٥٩ بتنظيم الأوقاف ولائحة إجراءاتها فجعل هذا الحق من اختصاص لجنة شئون الأوقاف التي يرأسها وزيرها أو وكيلها عند غيابه كما صرحت بذلك مادته الثالثة في فقرتها الثانية.

الخاتمة

في بيان ما آلت إليه الأراضي الزراعية الموقوفة على جهات البر نتيجة لتشريعات الإصلاح الزراعي

لما صدر المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصلاح الزراعي وحدد الملكية الزراعية صدر بعده المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بانهاء الوقف على غير جهات البر لوجود أوقاف أهلية على بعض الأشخاص تزيد عن الحد الأعلى للملكية الزراعية التي حددت.

ولما كانت الأوقاف على جهات البر التي بقيت فيها أراض زراعية كبيرة المساحات وهي بوضعها لا تتفق مع ما قصده قانون الإصلاح الزراعي من تعميم الملكيات الصغيرة فتنسيقاً بين القوانين المتعلقة بالأراضي الزراعية صدر القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧ لينظم استبدال الأراضي الزراعية الموقوفة على جهات البر، ثم عدلت بعض أحكامه بالقوانين رقم ١ لسنة ١٩٥٨، ورقم ١٢٢ لسنة ١٩٦٠ وهي تقضي باستبدال تلك الأراضي في مدة أقصاها ثلاث سنوات على دفعات بما يوازي الثلث في كل سنة وفقاً لما يقرره مجلس الأوقاف الأعلى أو الهيئات التي تتولى شئون أوقاف غير المسلمين حسب الأحوال. فتسلم إلى الهيئة العامة للاصلاح الزراعي لتقوم بتوزيعها وفقاً لأحكام المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ كما جاء بالمادتين الأولى والثانية. وأن تؤدي تلك الهيئة لمن له حق النظر على الأوقاف سندات تساوي قيمة الأراضي الزراعية

والمنشآت الثابتة وغير الثابتة والأشجار المستبدلة مقدرة وفقاً لقانون الإصلاح الزراعي، كما تؤدي إليه فوائد تلك السندات بمقدار ٣٪؟

وهذه السندات تستهلك خلال ثلاثين سنة على الأكثر تؤدي الهيئة قيمة ما يستهلك منها إلى المؤسسة الاقتصادية.

كما جاء بالمادة الثالثة بعد تعديلها:

ثم تقوم المؤسسة الاقتصادية باستغلال قيمة ما يستهلك من هذه السندات في المشروعات التي تؤدي الى تنمية الاقتصاد القومي وفقاً لأحكام القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٥٧.

ثم تؤدي إلى من له حق النظر على الوقف ريعاً يحدد سنوياً بقرار من رئيس الجمهورية بعد أخذ رأي مجلس إدارة المؤسسة الاقتصادية بحيث لا يقل عن ٣,٥٪ كما جاء بالمادة الرابعة.

ولما كانت هذه المبالغ التي تتسلمها المؤسسة أموالاً موقوفة على جهات البر لأنها بدل أعيان موقوفة كذلك، وهي بوضعها الأخير عرضه للخطر فقد رؤى لزيادة المحافظة عليها أن تكون مضمونة السداد هي والحد الأدنى لريعها فجاء القانون ١ لسنة ١٩٥٨ بإضافة فقرة جديدة إلى المادة الرابعة من القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧ تقول:

« وتضمن الحكومة المؤسسة الاقتصادية في سداد المبالغ التي تتسلمها وفقاً لحكم هذه المادة، وفي سداد الحد الأدنى للريع المشار إليه».

وبعد ذلك جعل لمن له حق النظر على الوقف صرف ما يتسلمه من فوائد السندات والريع على المستحقين وفقاً لشروط الواقف مع مراعاة أحكام القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ الذي يجعل لوزير الأوقاف حق صرف ريع الوقف

إلى جهة أخرى غير الجهة التي عينها الواقف إذا رأى المصلحة في ذلك كما صرحت المادة الخامسة.

ثم جاء القانون بحكم استثنائي وهو أنه يجوز استثناء من أحكام هذا القانون بقرار من رئيس الجمهورية فيما لا تجاوز مائتي فدان في كل حالة بالنسبة للأراضي الزراعية التي يكون النظر فيها لغير وزارة الأوقاف وكذلك يجوز الاستثناء فيما يتعلق بطريقة استغلال المستهلك من قيمة هذه الأراضي كما صرحت به المادة السادسة.

فالاستثناء من أصل الاستبدال ومن طريقة استغلال المستهلك من قيمة الأراضي المستبدلة بأن تستغل في غير المؤسسة الاستهلاكية، ويلاحظ أن الاستثناء جعل الحد الأعلى للمقدار المستثنى مائتي فدان وهو أقصى حد للملكية الفردية حين صدور القانون.

ولكن ذلك الحد الأعلى نقص فيما بعد إلى مائة فدان فقط فهل ينزل معه مقدار الاستثناء كذلك إلى مائة فدان أو يبقى كما هو؟

ينبغي أن يتغير من أجل المحافظة على تناسق القوانين في الدولة الواحدة.

ونكتفي بهذا القدر. ونحمد الله جلت قدرته على توفيقه ونسأله سبحانه المزيد منه بيده الخير وهو على كل شيء قدير.

الفهرس

الباب الثاني في شروط الوصية وأنواعها

الباب الثالث: في حكم الوصية ومبطلاتها

القسم الثاني في الأوقاف

الباب الأول في إنشاء الوقف

الباب الثاني في الشروط

الباب الثالث في أحكام الوقف

الباب الرابع: في انتهاء الوقف

مطابع الأمل
بيروت - لبنان - كورنيش المزرعة، بناية مجدلاني
تجاه سينما بيروت - تلفون ٣١٠٧٩٩